Die
Voraussetzungen des Besitzerwerbs
im Subjekte des Besitzes.

Inaugural - Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt

von

Hans Stemann

Referendar aus Hamburg.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0014

Benutzte Litteratur.

Affolter, Das Willensmoment beim Besitzerwerbe im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 17.

Baron, Noch einmal der Besitzwille, in Jherings Jahrbüchern Bd. 30 No. III.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. München und Leipzig 1883.

Bähr, Zur Besitzlehre, in Jherings Jahrbüchern Bd. 26 No. VI.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig 1880.

Bekker, Der Besitz beweglicher Sachen, in Jherings Jahrbücher Bd. 34 No. I.

Bekker, Aphorismen zur Besitzlehre, in Bernhöfts und Binders Beiträgen Heft 1 No. II.

Biermann, Sachenrecht. Berlin 1898.

Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.

v. Buchka, BGB. und gemeines Recht, 3. Aufl. 1899.

Bunsen, Einführung in das BGB. Rostock 1897. Bd. 2.

Burghoff, Der Besitzwille. Greifswald 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Aufl. Jena 1900. Bd. 2.

Denkschrift zum Entwurf eines BGB., Ausgabe von Guttentag. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten, 5. Aufl. Berlin 1896.

Dernburg, Das Sachenrechts des deutschen Reichs und Preussens, 2. Aufl. Halle 1901.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB. Berlin 1898. Bd. 2.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen (cit.: ERG.).

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB., 3. Aufl. München 1899.

Förstch, in Gruchots Beiträgen, Bd. 43 No. 11.

Frank, Der Besitzwille nach dem BGB. Bonn 1898.

Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust (Leonhards Studien Heft 4). Breslau 1901.

Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.

Goldschmidt, Studien zum Besitzrecht in den Festgaben für Gneist. 1888.

Heilfron, Lehrbuch des hürgerlichen Rechts.

v. Jhering, Der Besitzwille. Jena 1889.

v. Jhering, über den Grund des Besitzschutzes, 2. Aufl. Jena 1869.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts.

Kappler, zur Lehre vom Besitz. Wiesbaden 1899.

Kniep, Der Besitz des BGB. Jena 1900.

Kober, Sachenrecht, im Staudingerschen Kommentar. München 1898.

Kuntze, zur Besitzlehre. Leipzig 1890.

Lehmann, Sachenrecht. Marburg 1898.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Lobe, über den Einfluss des BGB. auf das Strafrecht mit besonderer Berücksichtgung des Besitzes. Leipzig 1898.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 4. Aufl. Berlin 1900. Bd. 2.

Meisner, Kommentar zum BGB., Sachenrecht. Breslau 1901.

Motive zu dem Entwurfe eines BGB., amtl. Ausgabe.

Munscheid, Stellvertretung im Besitzerwerb. Düsseldorf.

Oppenheim, Begriff und Stellung des Besitzdieners. Coburg 1900.

Pininski, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbes. Leipzig 1885.

Planck, Kommentar zum Sachenrecht des BGB.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., Ausgabe von Guttentag. Berlin 1899.

Puchta, über den Besitzerwerb eines Kindes, im rheinischen Museum für Jurisprudenz, Bd. 5 No. 3.

Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen. Bonn 1901.

Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte, 4. Aufl. Leipzig 1895.

Reatz, Die zweite Lesung des Entwurfs eines BGB. Berlin 1896.

v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. Wien 1865.

Scherer, Sachenrecht des BGB. Erlangen 1899.

Schlossmann, Der Besitzerwerb durch Dritte. Leipzig 1881.

Staudinger, s. Kober.

Strohal, Der Sachbesitz nach dem BGB., in Jherings Jahrbüchern Bd. 38 No. I.

Thoma, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des BGB. Freiburg 1900.

Wartensleben, Die Besitzvererbung. Greifswald 1899.

Weidemann, der mittelbare Besitz des BGB. Berlin 1902.

Wendt, Der mittelbare Besitz des BGB., im Archiv für civilistische Praxis Bd. 87 No. II.

Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. (Kipp) Frankfurt a. M. 1900.

Disposition.

Seite.

A) Allgemeines über den Besitz.
- I. Sachbesitz. 8
- II. Rechtsbesitz. 26

B) Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs im Subjekte des Besitzes.
- I. Allgemeine Voraussetzungen. 29
- II. Corpus und animus
  1. Im allgemeinen. 30
  2. Erlangung der thatsächlichen Gewalt. 31
  3. Besitzwille. 41
- III. Besitzerwerb durch Stellvertreter. 56
- IV. Besitzübertragung durch Erklärung. 64
- V. Besitzerwerb des Erben. 68

A. Allgemeines über den Besitz.

I. Sachbesitz.

Das gemeine Recht unterschied scharf zwischen dem durch die possessorischen Interdikte geschützten sog. juristischen Besitz (possessio) und der blossen Inhabung (detentio).

Im Einzelnen aber herrschte grosser Streit. Es standen sich namentlich zwei Theorieen gegenüber:

a) Nach der von Savigny (Recht des Besitzes, 1803) begründeten subjektiven oder Willenstheorie ist der Besitz die thatsächliche Gewalt über eine Sache verbunden mit dem Willen, dieselbe als eigene zu besitzen.[1] Um nun aber diesen Grundsatz mit der Thatsache in Einklang zu bringen, dass nach den Quellen auch verschiedene Personen, denen der „animus domini" fehlt, wie Pfandgläuber, Prekarist, Sequester, des Besitzschutzes teilhaftig sind, nahm man in diesen Fällen eine Übertragung des eigentlich dem Eigenbesitzer zustehenden Besitzes auf diese Fremdbesitzer an und sprach demgemäss von „abgeleitetem juristischen Besitz." Alle übrigen Personen galten als blosse Detentoren, die eines besonderen Besitzschutzes entbehrten, einerlei, ob sie in fremdem Interesse be-

1) Savigny § 9.

sassen (Verwahrer, Beauftragter) oder in eigenem (Mieter, Pächter, Niessbraucher).

b) Nach der namentlich von Jhering (der Besitzwille, 1889) entwickelten objektiven Theorie dagegen wird die Entscheidung darüber, ob Besitz oder Detention vorliegt, nicht durch den Willen des Einzelnen getroffen, sondern allein durch das positive Recht.

Nach dieser Theorie ist der Besitzwille beim Detentor und Besitzer ganz derselbe, es genügt jedes Behaltenwollen. Trifft dieser Wille (a) mit körperlicher Inhabung (c) zusammen, so entsteht grundsätzlich Besitz („possessio = a + c"), erst durch eine „den Besitz in gewissen Verhältnissen negierende Bestimmung des Gesetzes" (n) wird aus praktischen Gründen in manchen Fällen dem an sich vorhandenen Besitz die Wirkung entzogen und dieser in blosse Detention verwandelt („detentio = a + c — n")[1][2]

Unter dem Einfluss des kanonischen Rechtes ist der Besitzschutz sehr erweitert worden; es wurde nunmehr eine Klage wegen Besitzentziehung (actio spolii) nicht nur dem juristischen Besitzer gegeben, sondern auch jedem Detentor zu eigenem Interesse, insbesondere dem Mieter und Pächter.[3]

---

1) Jhering, Besitzwille S. 53.

2) Für Jhering sind u. A. eingetreten: Baron in Iherings Jahrbüchern Bd. 29 S. 192; Bd. 30 S. 197. Gegen Jhering u. A.: Randa, Besitz.

Einen vermittelnden Standpunkt nehmen ein: Kuntze, zur Besitzlehre; Bekker in Jherings Jahrbüchern Bd. 30 S. 235, Bd. 34 S. 1; Strohal, eodem Bd. 29 S. 336, Bd. 31 S. 66; Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 172.

3) ERG. Bd. 5 S. 164, Bd. 14 S. 363, Bd. 40 S. 138, Bd. 33 S. 380.

Das BGB. hat die gemeinrechtliche Unterscheidung von juristischem Besitz und Detention aufgegeben und handelt im 1. Abschnitt seines 3. Buches nur vom „Besitz."

Diese Gestalt hat das BGB. erst durch die zweite Kommission erhalten, der erste Entwurf unterschied, dem gemeinen Recht entsprechend, noch zwischen Besitz und Inhabung und definierte letztere in § 797[1] als thatsächliche Gewalt über die Sache, während es für den Besitz keine Begriffsbestimmung gab, sondern stattdessen nur Vorschriften über Erwerb und Verlust (§§ 797, 807—813).

Den Besitzschutz knüpfte der erste Entwurf, entsprechend der Ausbildung der Spolienklage in der gemeinrechtlichen Praxis, grundsätzlich an die Inhabung, nicht an den Besitz (§§ 814—824); das BGB., das eine „Inhabung" nicht kennt, schützt den „Besitz."

Wie der erste Entwurf giebt auch das BGB. keine Definition des Besitzes, sondern regelt in §§ 854, 856 nur Erwerb und Verlust desselben. Daraus aber, dass nach § 854 Abs. 1 der Besitz durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache *erworben* und nach § 856 Abs. 1 durch den Verlust der thatsächlichen Gewalt über die Sache *beendigt* wird, ohne weiteres zu schliessen, dass der Besitz die thatsächliche Gewalt über die Sache *ist*, wie viele es thun,[2]

1) § 797 lautete: „Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille)."

2) Dernburg, Sachenrecht S. 42, Biermann S. 2, Lehmann S. 10, Endemann S. 95, Scherer S. 13.

ist jedenfalls ein logischer Fehler. Mit Recht hebt Planck hervor, dass die Bestimmungen der §§ 854 Abs. 1, 856 Abs. 1 des BGB. zweierlei bedeuten können, nämlich einmal, dass der Besitz die thatsächliche Gewalt ist, sodann aber auch, „dass der Besitz eine sich an das Bestehen der thatsächlichen Gewalt knüpfende Rechtsfolge ist.“[1] Welche dieser Auffassungen zutreffend sei, lasse sich nur durch Prüfung der Gesetzesstellen, die vom Besitze handeln, entscheiden. Bei näherer Prüfung der einzelnen Paragraphen kommt Planck dann allerdings zu dem Ergebnisse,[2] dass es in der That unbedenklich sei, unter dem (unmittelbaren) Besitz des BGB. die thatsächliche Gewalt über eine Sache zu verstehen.

Auch Bartels[3] meint, es ergebe sich aus den Vorschriften über Erwerb und Verlust des Besitzes,

> „dass wesentlich im Einklange mit der natürlichen Auffasung, von den Ausgestaltungen im Einzelnen abgesehen, im Grossen und Ganzen Besitzen dem nächstgedachten Sinne nach heisst: eine Sache thatsächlich in seiner Gewalt haben.“[4]

Gestützt wird diese Auffassung durch die Thatsache, dass die zweite Kommission einen Antrag, die den §§ 854, 856 Abs. 1 des BGB. entsprechenden

1) Planck S. 29.
2) Planck S. 29.
3) S. 649.
4) Cosack, S. 61, versteht unter dem Besitz des BGB. die thatsächliche Herrschaft über eine Sache. Diese Definition ist insofern vorzuziehen, als damit schon begriffsmässig die unten zu besprechende Besitzdienerschaft ausgeschieden wird.

§§ 797, 810 Abs. 1 des ersten Entwurfs durch folgende Bestimmung zu ersetzen:

> „Besitzer einer Sache ist derjenige, welcher die Sache in seiner thatsächlichen Gewalt hat"

nur aus Bedenken gegen eine derartige „lehrbuchmässige Art der Definition[1]" und wegen der infolge dieser Änderung eintretenden Verschiebung der Beweislast zu Ungunsten des Besitzers ablehnte.

Wenn Bekker[2] hiergegen behauptet, der Besitz des BGB könne nicht die Bedeutung der „thatsächlichen Gewalt" haben, „weil man sonst die bodenlose Trivialität erhalten würde:

> die thatsächliche Gewalt über eine Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben",

so ist das eine juristische Spitzfindigkeit, die auf den ersten Blick etwas Bestechendes hat.

Um die Haltlosigkeit dieser Argumentation aufzudecken bedarf es jedoch nur eines Hinweises auf das gemeine Recht. Danach war, wie unten näher auszuführen sein wird, zum Besitzerwerb das Zusammentreffen von zwei Momenten erforderlich: corpus und animus. Wenn nun das BGB. zum Besitzerwerb die „Erlangung der thatsächlichen Gewalt" verlangt, so ist dies, auch wenn man unter Besitz die thatsächliche Gewalt versteht, keineswegs eine „bodenlose Trivialität", es wird vielmehr durch diese Formulierung nur klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass nach BGB, die Erlangung der thatsächlichen Gewalt (ent-

1) Protokolle Bd. 3 S. 35.
2) Aphorismen S. 16.

sprechend dem gemeinrechtlichen corpus) genügt, dass es dagegen nicht etwa, wie man nach dem Vorgange des gemeinen Rechts vermuten sollte, noch eines besonderen Besitzwillens (animus) bedarf.

Gegen die Auffassung des Besitzes als thatsächliche Gewalt über die Sache spricht allerdings der Wortlaut des § 857 BGB:

„Der Besitz geht auf den Erben über",

es soll aber unten (S. 71 ff.) der Versuch gemacht werden, nachzuweisen, dass dieser Paragraph eine Sonderstellung einnimmt und aus ihm Schlüsse für den Begriff des Besitzes nicht gezogen werden dürfen.

Wir werden demnach, so Verschiedenes man sich auch sonst unter Besitz und Inhabung zu denken gewohnt ist, unter dem Besitz des BGB. dasselbe zu verstehen haben, was der erste Entwurf mit Inhabung bezeichnete, nämlich die thatsächliche Gewalt über eine Sache.

Dem gemeinen Recht gegenüber ist hierdurch der Begriff des Besitzes sehr ausgedehnt worden: Der Besitz des BGB. umfasst den juristischen Besitz und die Detention des gemeinen Rechts, Besitzer im Sinne des BGB. ist also auch der Verwahrer, der Beauftragte, der Mieter, der Pächter, der Niessbraucher, die im gemeinen Recht blosse Detentoren und eines besonderen Besitzschutzes nicht teilhaftig waren.

Von dem Grundsatz, dass jeder, der die thatsächliche Gewalt über eine Sache hat, als Besitzer anerkannt wird, macht das BGB. aus praktischen Rück-

sichten eine Ausnahme[1] in dem Falle der von Bekker[2] so genannten „Besitzdiener"schaft des § 855.

Es heisst dort:

> „Übt jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen Anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft, oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der Andere Besitzer."

Von den den hier aufgeführten Verhältnissen bedürfen die beiden ersteren (Haushalt, Erwerbsgeschäft) kaum einer näheren Erklärung; sehr bestritten ist dagegen die Frage, in welchen Fällen ein „ähnliches" Verhältnis der in § 855 gedachten Art vorliegt:

Die Ansicht Bekkers,[3] der das Merkmal der Besitzdienerschaft darin erblickt, dass der Besitzdiener den sich auf die Sache beziehenden Anweisungen des „Besitzherrn" sofort Folge zu leisten habe, ist als

1) In der Begründung des Beschlusses der zweiten Kommission, die diesen Paragraphen neu eingeführt hat heisst es zwar (s. Protokolle Bd. 3 S. 31), der § 855 bezwecke keine Änderung des § 854, sondern solle nur zur Ergänzung und Erklärung desselben dienen; diese Auffassung ist aber sehr gekünstelt und entspricht nicht dem Wortlaute des Paragraphen; auch widerspricht die Begründung in ihrem weiteren Fortgange sich selbst, indem sie nunmehr in dem § 855 eine Ausnahme von dem Grundsatze erblickt, dass jeder, der die thatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt habe, Besitzer derselben sei. Vertreter dieser Ansicht sind u. A. Leonhard (S. 63) sowie Biermann (Anm. 1 zu § 855) und ich trage kein Bedenken, mich ihnen anzuschliessen.

2) Jherings Jahrbücher Bd. 34 S. 26, 42.

3) Jherings Jahrbücher Bd. 34 S. 43.

gänzlich willkürlich und von geringem praktischen Wert zu verwerfen.[1]

Andere Autoren, wie Meisner[2] lassen im Anschluss an die Protokolle[3] den Umstand entscheiden, dass demjenigen, welcher den Besitz für den Anderen ausübt, „ein civilrechtlicher Anspruch auf Behalten des Besitzes, insbesondere auch ein Retentionsrecht nicht zusteht."[4]

Die herrschende Meinung[5] fordert als Kriterium ein Abhängigkeitsverhältnis,[6] einerlei ob es sich um ein Rechtsverhältnis handelt, oder um ein Verhältnis rein thatsächlicher Art.

1) Wendt S 65, Kappler S. 60, 61.

2) S. 8.

3) Bd. 3 S. 32.

4) Hiergegen Gaertner S. 142.

5) U. A.: Matthiass S. 5, Buhl S. 21, Biermann Anm. 1 zu § 855, Planck Anm. 2 zu § 855, Leonhard S. 77 ff, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 855.

6) Diese Auffassung entspricht der Entstehungsgeschichte des § 855 BGB.: in der zweiten Lesung wurde ausdrücklich beschlossen, statt der Worte: „in einem ähnlichen Verhältnisse" zu sagen: „in einem sonstigen Abhängigkeitsverhältnisse"; die endgültige Aufnahme dieser Fassung ist zwar unterblieben, jedoch ohne dass man eine sachliche Änderung bezweckt hätte (s. Planck Anm. 2 zu § 855 BGB.).

Die von Dernburg (Sachenrecht S. 49) und Gaertner (S. 140) vorgeschlagene Definition der Besitzdienerschaft als „äusserlich erkennbaren" Abhängigkeitsverhältnisses ist recht unglücklich: rein äusserlich betrachtet unterscheidet sich ein Förster, der mit eigener Flinte jagt, nicht von demjenigen, welchem der Gutsherr eine Flinte zum Gebrauch überlassen hat, im ersteren Falle ist er Besitzer, im letzteren Besitzdiener.

Liegt ein Abhängigkeitsverhältnis der in § 855 BGB. gedachten Art vor, so ergeben sich folgende Möglichkeiten:[1]

a) Der Besitzdiener übt die thatsächliche Gewalt für einen Anderen aus, wie z. B. Fabrikarbeiter, Handlungs- und Gewerbegehülfen, Dienstboten, Hauskinder und andere zum Hausstande gehörende Familienmitglieder,

b) Der Besitzdiener übt die thatsächliche Gewalt für sich aus.

Fälle dieser Art sind allerdings im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen, mit Recht weist jedoch Strohal[2] darauf hin, dass es für die Anwendbarkeit des § 855 BGB. nicht erforderlich ist, dass wie es dem Wortlaute des Gesetzes entsprechen würde — der Besitzdiener die thatsächliche Gewalt über die Sache „für einen Anderen" ausübt; es gebe Fälle, in denen jemand eine Sache zwar „für sich" innehabe, das in § 855 erforderte Abhängigkeitsverhältnis aber durch die nur ganz vorübergehende und beschränkte Einräumung der thatsächlichen Gewalt seitens des Besitzers hergestellt werde.[3]

Hierher gehören vor allem die Fälle der von Jhering[4] so genannten „momentanen Detention," wie

1) Strohal S. 11 ff., Matthiass S. 6.

2) S. 11.

3) Für diese Fälle ist der fast allgemein angenommene und sonst sehr bezeichnende Bekkersche Ausdruck „Besitzdiener" nicht ganz zutreffend, passender wäre hier die von Strohal vorgeschlagene Bezeichnung: „unselbständige Inhabung"; es empfiehlt sich aber im Interesse einer einheitlichen Terminologie, auch in diesen Fällen den Bekkerschen Ausdruck beizubehalten.

4) Besitzwille S. 307, 513.

sie der Gast im Wirtshaus am Bierglase, an Teller, Gabel, Zeitung hat, wie sie der Mitreisende am Kursbuch hat, das ich ihm auf seine Bitte für kurze Zeit überlassen habe.

Wann im Einzelnen ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 855 BGB. vorliegt, lässt sich nicht durch allgemein gültige Regeln feststellen, und nur darüber herrscht Einigkeit, dass zur Herstellung dieses Verhältnisses eine bloss obligatorische Gebundenheit, wie sie z. B. zwischen Beauftragtem und Auftraggeber besteht (§ 665. BGB.), noch nicht genügt.[1]

Der Versuch, das Vorhandensein der Besitzdienerschaft nach mechanischen Regeln zu bestimmen, ist allerdings verschiedentlich gemacht worden.

Leonhard[2] z. B. lässt die „Zugehörigkeit der Sache zum Befehlsbereich des Herrn" entscheiden und betrachtet hierfür wiederum dreierlei als massgebend: Die örtliche Lage der Sache,[3] die Zugehörigkeit der Sache zu den Zwecken des Dienstes, ein Unterordnungsverhältnis in Beziehung auf die Sache.

Scherer[4] seinerseits beurteilt z. B. die Frage, ob die selbständigen Leiter einer Geschäftsfiliale Besitz-

1) Strohal S. 8. Matthiass S. 5, 6.

2) S. 77.

3) Dass die örtliche Lage der Sache nicht von entscheidender Bedeutung sein kann, ergiebt sich schon daraus, dass z. B. der Dienstbote an eigenen Sachen zweifellos Besitz hat, auch wenn diese sich im Hause der Herrschaft befinden, während andrerseits der Kutscher, der mit dem Geschäftswagen seines Herrn in der Stadt umherfährt, bezüglich dieses Wagens offenbar nur Besitzdiener ist.

4) S. 13.

diener sind, danach, ob der Prinzipal selbst am Orte ist.

Zu dergleichen Unterscheidungen bieten weder das Gesetz selbst noch auch die Materialien irgend eine Handhabe; die Beurteilung der Frage, wann Besitzdienerschaft anzunehmen sei, ist vielmehr dem freien richterlichen Ermessen überlassen und so die Möglichkeit geschaffen, den besonderen Verhältnissen des einzelnen Falles Rechnung zu tragen.

Der Besitzdiener ist nicht Besitzer, es treten daher im allgemeinen die Rechtswirkungen, insbesondere die Rechtsvorteile, die sich an den Besitz knüpfen, nicht für ihn, sondern für den Besitzherrn ein, nur macht § 860 BGB. insofern eine Ausnahme, als er dem Besitzdiener die Befugnis zur Ausübung der nach § 859 BGB. dem Besitzer zustehenden Selbstschutzrechte zuspricht.

Den „animus domini" erwähnt das BGB. nur noch in § 872:

> „Wer eine Sache als ihm gehörend besitzt, ist Eigenbesitzer."

Die rechtliche Bedeutung dieses „Eigenbesitzes" liegt jedoch nicht mehr, wie im gemeinen Recht, auf dem Gebiete des Besitzschutzes, er kommt vielmehr nach BGB. in erster Linie als Voraussetzung für den Eigentumserwerb in Betracht.[1]

1) Nämlich für die Ersitzung beweglicher Sachen (§§ 937 ff, 1033), den Fruchterwerb (§ 955), die Aneignung (§ 958), die Tabularersitzung (§ 900) und die Contratabularersitzung (§ 927), ferner für die hypothekarische Haftung der Versicherungssumme (§ 1127), die Haftung für Gebäudeeinsturz (§ 836) u. s. w.

Was die verschiedenen Arten des Besitzes anbetrifft, so sind die gemeinrechtlichen, vom BGB. zum Teil beibehaltenen Einteilungen in possessio justa und injusta, bonae fidei und malae fidei possessio, Publizianischen Besitz, possessio ficta, possessio civilis und naturalis, Teilbesitz, Mitbesitz für das Thema fast durchweg gegenstandslos, wichtig für die Frage des Besitzerwerbs ist dagegen die vom BGB. neu geschaffene Einteilung in mittelbaren und unmittelbaren[1] Besitz.

§ 868 BGB. bestimmt:

> „Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Was zunächst die Fassung dieses Paragraphen anbetrifft, so ist Bekker beizustimmen, wenn er meint, dass durch die Worte: „zum Besitz berechtigt oder verpflichtet" der Anschein erweckt wird, als sollten damit die „Verpflichteten" den „Berechtigten" gegenüber gestellt sein, also der Berechtigte kein Verpflichteter, der Verpflichtete kein Berechtigter sein. Mit Recht hebt Bekker[2] hervor, dass jede Verpflichtung, einem Anderen gegenüber zu besitzen, notwendigerweise auch

1) Der von Bekker (s. Iherings Jahrbücher Bd. 34 S. 26) vorgeschlagene Ausdruck „Besitzmittler" ist, weil leicht zu Verwechslungen mit dem mittelbaren Besitzer führend, besser zu vermeiden.

2) Aphorismen S. 19, vgl. auch Strohal S. 21 Anm. 28.

eine Berechtigung hierzu in sich schliesse, dass es also korrekter gewesen wäre, in dem § 868 statt der Worte: „berechtigt oder verpflichtet" zu setzen: „verpflichtet oder auch nur berechtigt."

Im Einzelnen wird man von „Berechtigung" zum Besitze dann sprechen können, wenn der unmittelbare Besitzer die Sache vorwiegend im eigenen Interesse besitzt (wie der Niessbraucher, der Pfandgläubiger, der Pächter, der Mieter), von „Verpflichtung" dann, wenn er die Sache vorwiegend im Interesse des mittelbaren Besitzers besitzt (wie der Verwahrer)[1].

Schwierigkeiten macht die Frage, wann ein den gesetzlichen Beispielen „ähnliches" Verhältnis vorliegt, vermöge dessen der Besitzer einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Das wesentliche Merkmal sämtlicher in § 868 BGB. als Beispiel aufgeführten Verhältnisse besteht darin, dass der mittelbare Besitzer den dort genannten Personen (Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer) den Besitz auf Zeit überlassen, „anvertraut" hat.[2]

Fehlt es an einem derartigen Verhältnis, so hat derjenige, welcher die thatsächliche Gewalt über die

1) Strohal S. 20, 21.

2) Strohal S. 20, Matthiass S. 8, Gaertner S. 148.

Leonhard (S. 61) stellt die allgemeinere Forderung auf, dass der unmittelbare Besitzer aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben habe.

Diese Formulierung ist insofern genauer, als der unmittelbare Besitz auch durch gerichtliche Einweisung (§ 1052 BGB.) oder auf Grund gesetzlicher Befugnis (§§ 1373, 1443, 1627, 1638, 1649, 1684 ff., 2205 BGB.) erlangt wird (s. Strohal S. 21, Matthiass S. 8, Gaertner S. 148, 149).

Sache ausübt, Alleinbesitz, andrerseits darf dieses „Anvertrauungsverhältnis" nicht zu einem wirklichen „Abhängigkeitsverhältnis" herabsinken, sonst verwandelt sich der unmittelbare Besitz des § 868 BGB. in die Besitzdienerschaft des § 855 BGB. während der mittelbare Besitz zum Alleinbesitz wird.

Diese Abgrenzung des unmittelbaren Besitzes des § 868 BGB. vom Alleinbesitz einerseits, von der Besitzdienerschaft andrerseits ist in vielen Fällen leicht und sicher, in anderen schwierig und zweifelhaft.

Unzweifelhaft besitzt z. B. in einem „ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist", der Beauftragte die von ihm zu überbringenden oder abzuholenden Sachen, der Entleiher die geliehene Sache, der Unternehmer eines Werkes den ihm zur Be- oder Verarbeitung gelieferten Stoff, der Kommissionär, Frachtführer, Spediteur, Lagerhalter, die ihm übergebenen Sachen, der Ehemann das eingebrachte Gut, der Testamentsvollstrecker die zur Erbschaft gehörenden Sachen u. s. w.

Nicht erforderlich ist es, dass das in § 868 BGB. vorausgesetzte Verhältnis ein rechtsgültiges ist[1], es reicht vielmehr auch ein vermeintliches Verhältnis jener Art aus: „als" Testamentsvollstrecker, „als" Mieter besitzt man auch, wenn etwa das Testament nichtig, der Vermieter geschäftsunfähig war. Mit Recht hebt Thoma[2] hervor, dass in solchen Fällen die Position des mittelbaren Besitzers sogar eine noch festere

1) Planck S. 56, Protokolle Bd. 3 S. 198.
2) S. 72.

sei, da hier sein Herausgabeanspruch nicht erst nach Ablauf der vertragsmässigen Zeit, sondern schon mit dem Moment fällig werde, wo sich die Nichtigkeit des Titels ergebe.

Andrerseits genügt noch nicht jeder obligatorische Anspruch auf Herausgabe der Sache, um mittelbaren Besitz zu begründen,[1] so ist z. B. der Bestohlene oder der Käufer einer noch nicht tradierten Sache nicht etwa mittelbarer Besitzer der gestohlenen oder verkauften Sache, vielmehr haben Dieb und Verkäufer Alleinbesitz.

Vielfach wird es auf die näheren Umstände des einzelnen Falles ankommen: so wird der Dienstmann unmittelbarer Besitzer im Sinne des § 868 BGB.. wenn er die Beförderung von Gepäckstücken durch Werkvertrag übernimmt, blosser Besitzdiener ist er dagegen, wenn er, neben oder hinter dem Reisenden einhergehend, dessen Sachen trägt.[2]

Sehr bestritten ist die Besitzstellung des Finders und des Verlierers.

Wendt[3] nimmt schlechthin mittelbaren Besitz des Verlierers an, indem er sich darauf beruft, dass der Finder nach § 966 BGB. zur Verwahrung der Sache verpflichtet sei und daher ein Fall der Verpflichtung zum Besitze auf Zeit dem Verlierer gegenüber vorliege; er übersieht dabei, dass es — wie Giercke[4] treffend hervorhebt — dem Verlierer in der Regel an

1) Planck S. 56, Cosack S. 64.

2) Beispiel von Buhl (S. 22).

3) S. 61 ff. Ähnlich Dernburg, Sachenrecht S. 63, 64, Kappler S. 71, 72.

4) S. 7 Anm. 15. Ebenso: Meisner S. 28.

der zum mittelbaren Besitz erforderlichen „Möglichkeit der Verfügung über die Sache“ fehlt[1].

Richtiger Ansicht nach wird man zu unterscheiden haben:

a) Der unredliche Finder erlangt immer Alleinbesitz und zwar Eigenbesitz,

b) beim redlichen Finder ist wiederum zu unterscheiden: ist der Verlierer dem Finder unbekannt, so erlangt dieser Alleinbesitz, wenn auch nicht Eigenbesitz; dem ihm bekannten Verlierer dagegen kann der Finder mittelbaren Besitz erwerben, so zweifellos dann, wenn er etwa im Auftrage des Verlierers die gefundene Sache für diesen in Besitz nimmt; es muss aber schon als genügend angesehen werden, wenn der Finder für den Verlierer als Geschäftsführer ohne Auftrag thätig wird.[2] Ist endlich der Finder Besitzdiener und nimmt er die verlorene Sache an sich, um sie dem Besitzherrn zurückzubringen, so entsteht für den Verlierer sogar Alleinbesitz.[3]

---

1) Andrerseits geht Planck (S. 56) zu weit, wenn er sagt: „Der Finder ist dem Verlierer oder einem sonstigen „Empfangsberechtigten gegenüber nicht auf Zeit zum Besitze „verpflichtet, da er nach § 967 BGB. den Besitz jederzeit der „Polizeibehörde überlassen kann“ Gewiss ist der Finder berechtigt, die gefundene Sache an die Polizeibehörde abzuliefern, aber bis zu dem Momente, wo er dies thut (und daher „auf Zeit“ im Sinne des § 868 BGB.) ist er doch gemäss § 966 BGB. zur Verwahrung der gefundenen Sache verpflichtet!

2) Buhl S. 29, Weidemann S. 19, 20.

3) Im Einzelnen herrscht grosser Streit: s. Strohal S. 22 ff, Gierke S. 7, Matthiass S. 8, Endemann S. 126 Biermann S. 19, Kniep, S. 153 ff, Leonhard S. 7 ff, Gaertner S 148, 149, Buhl S 29, 30, Bekker, Aphorismen S. 19 ff., Lehmann S. 14, Weidemann S. 19, 20.

Was die rechtliche Natur des mittelbaren und des unmittelbaren Besitzes anbetrifft, so handelt es sich, wie das Wort „auch“ gegen Ende des § 868 BGB. erkennen lässt, um einen Doppelbesitz: sowohl der unmittelbare als auch der mittelbare Besitz sind ein „wirkliches Besitzverhältnis.“[1]

Dies ist allerdings nicht unbestritten: Wendt[2] z. B. ist der Ansicht, der mittelbare Besitz sei überhaupt kein wahrer Besitz, sondern die einzige an ihn sich knüpfende Rechtsfolge sei das in § 869 BGB. bestimmte Klagerecht.

Die Wendt'sche Auffassung ist jetz überwunden;[3] sie verstösst schon gegen den Wortlaut des § 868 BGB. Hier ist mit vollkommener Klarheit zum Ausdruck gebracht, dass der mittelbare Besitzer „Besitzer“ ist, und man wird daher dem mittelbaren Besitzer die volle Rechtsstellung eines (unmittelbaren) Besitzers zubilligen müssen,[4] es sei denn, dass das Gesetz selbst eine Ausnahme macht.[5] Mit dieser Einschränkung werden auch die allgemeinen Regeln über

---

1) Protokolle Bd 3 S. 330.

2) S. 48.

3) Gegen Wendt u. A.: Planck Anm 5 zu § 868, Strohal S. 16 ff., Matthiass S. 7, 8, Giercke S. 7 Anm 15, Dernburg, Sachenrecht S. 47, Cosack S. 63, Endemann S. 124, Lehmann S. 13, 14, Kniep S. 7 ff., Biermann Anm. 3 zu § 868, Fischer-Henle Anm. 4 zu § 868, Weidemann S. 20 ff.

4) So: Dernburg, Sachenrecht S. 49, Gierke S. 7, Fischer-Henle Anm 1 zu § 868, Leonhard S. 70, Cosack S. 63, Kober S. 24. Ähnlich: Planck S. 58, Strohal S. 19, 20, 29.

5) Sondervorschriften bestehen namentlich für die Besitzübertragung (§ 870 BGB.) und den Besitzschutz (§ 689 BGB.)

Besitzerwerb auf den mittelbaren Besitz anzuwenden sein.[1]

Eine alte gemeinrechtliche Streitfrage ist es, ob der Besitz ein jus oder ein factum sei.

Savigny[2] lehrt, der Besitz sei an sich ein blosses factum, er sei aber wegen der an ihn sich knüpfenden rechtlichen Folgen und weil es Fälle gebe, in denen die Rechte des Besitzers von jenem factum unabhängig seien, zugleich auch Recht

Auch Jhering[3] streitet für die Rechtsnatur des Besitzes, weil dieser ein „rechtlich geschütztes Interesse" sei. Ebenso Bekker,[4] der unter possessio die Rechtsfolgen des Besitzes versteht.

Die herrschende Meinung aber (Windscheid, Dernburg) spricht dem Besitz den Charakter eines Rechtes ab. So sieht Windscheid[5] „darin, dass die Quellen um der rechtlichen Folgen willen possessio als vorhanden oder nicht vorhanden bezeichnen, keine Nötigung zu der Annahme, dass sie die rechtlichen Folgen selbst possessio nennen."[6]

1) So: Fischer-Henle Anm. 4 zu § 868, Weidemann S. 67. Abweichend Planck S. 58.

2) § 5.

3) Geist des Röm. Rechts Bd 3 S. 39 ff.

4) Recht des Besitzes.

5) § 150.

6) Für diese Auffassung spricht l. 1 D. 41,2 — Paulus — :
„Eam rem facti, non juris esse".
Die rechtliche Beimischung im Begriffe des Besitzes wird freilich auch in den Quellen nicht verkannt, s. z. B. l. 49 pr. D. 41,2 — Papinianus — :
„plurimum ex jure possessio mutuatur"
und l. 49 § 1 eodem:
„possessio non tantum corporis, sed et juris est".

Durch das BGB. ist diese Streitfrage nicht ausdrücklich entschieden worden. Einen rechtsähnlicheren Charakter hat der Besitz des BGB. dem gemeinen Recht gegenüber jedenfalls dadurch erhalten, dass er nach § 857 auf den Erben übergeht. § 2169 spricht von „rechtlichem Vorteil," den der Besitz gewährt.

Man wird hiernach den Besitz des BGB. jedenfalls als ein Rechts„verhältnis" anzusehen haben, in den Motiven und Kommissionsprotokollen wird er als Rechts„position" bezeichnet.

Dass aber auch nach BGB. der Besitz kein eigentliches Recht ist, ergiebt sich u. A. aus § 865, der Besitz auch an Teilen einer Sache, also auch an wesentlichen Bestandteilen zulässt, während diese nach § 93 nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Gegen die Rechtsnatur des Besitzes spricht ferner der § 1414 BGB., der den Besitz einer zum Vorbehaltsgute der Frau gehörenden Sache den zum Vorbehaltsgut der Frau gehörenden Rechten gegenüberstellt.

II. Rechtsbesitz.

Im Vorstehenden ist nur vom Sachbesitz die Rede gewesen. Neben diesen trat seit der römischen Kaiserzeit der Rechtsbesitz oder Quasibesitz.

Der Unterschied zwischen Rechts- und Sachbesitz bestand vor allem darin, dass letzterer sich auf die Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen erstreckte, während man von Rechtsbesitz nur sprach, wenn die

Nirgends aber wird ausgesprochen, dass die possessio ein Recht sei.

thatsächliche Willensherrschaft die Sache nur in einzelnen ihrer Beziehungen erfasste.

Das römische Recht liess Rechtsbesitz nur bei Servituten zu, vor allem beim Niessbrauch. Im gemeinen Recht ist, unter dem Einflusse des deutschen und kanonischen Rechtes, der Rechtsbesitz weiter ausgebildet worden, man erkannte nunmehr Rechtsbesitz bei allen Rechten an, die einer dauernden Ausübung fähig waren, wie kirchliche und weltliche Hoheitsrechte, Ämter und Ehrenstellen, Patronate, Reallasten u. s. w.[1]

Das BGB. hat, im Vergleich zum gemeinen Recht, den Rechtsbesitz nur in sehr engen Grenzen zugelassen. Es erkennt beim Niessbrauch Sachbesitz an (§ 868), lehnt dagegen bei den Forderungsrechten, dem dinglichen Vorkaufsrecht, den Reallasten und den Hypotheken einen Rechtsbesitz ab. Auch bei Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ist der Rechtsbesitz als Grundlage für den Erwerb durch Ersitzung oder für die Aufhebung durch usucapio libertatis beseitigt[2] um nicht das für alle Rechte an Grundstücken geltende Eintragungsprinzip zu durchbrechen.

Dagegen gewährt das BGB. dem Besitzer, welcher in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört wird, sowie demjenigen, welcher eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit thatsächlich ausübt, einen dem Sachbesitz entsprechenden Besitzesschutz, soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung,

1) Bruns § 24.
2) Motive Bd. 3 S. 477.

sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist. (BGB. §§ 1029, 1090 Abs. 2).

Ferner behalten nach EG. zum BGB. Art. 191 die Bestimmungen des bisherigen Rechts über den Rechtsbesitz und seinen Schutz auch nach dem Inkrafttreten des BGB. eine gewisse Wirksamkeit.

Vom Rechtsbesitz gilt Entsprechendes wie vom Sachbesitz, insbesondere richtet sich der Erwerb des Rechtsbesitzes nach denselben Vorschriften, wie sie für den Sachbesitz gelten; es wird sich daher die folgende Betrachtung auf den Sachbesitz beschränken können.

B. Die Voraussetzungen des Besitzerwerbs im Subjekte des Besitzes.

I. Allgemeine Voraussetzungen.

Der Besitz ist vermögensrechtlicher Natur, Besitz erwerben kann nur, wer vermögensfähig ist. Es waren daher in Rom besitzunfähig: Sklaven und Hauskinder s. l. 49 § 1 D 41,2:

> „Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est."

s. ferner l. 24,30 § 3 eodem, l. 93 D 50,17.

Das gemeine Recht kennt von den Gewaltverhälthältnissen des römischen Rechts nur noch die väterliche Gewalt, und diese führt, wie schon im jüngeren römischen Recht, nicht mehr völlige Vermögensunfähigkeit des Gewaltuntergebenen herbei, sonderen nur noch beschränkte Erwerbsfähigkeit, nämlich bezüglich des aus dem Vermögen des Vaters Gewonnenen. s. l. 1. J. 2,9.

Nach gemeinem (römischen und kanonischen) Recht führte ferner der Eintritt in ein Kloster die Vermögens- und damit die Besitzunfähigkeit der Mönche

und Nonnen als Folge des votum paupertatis herbei; was sie hatten oder später erwarben, fiel ipso jure an das Kloster (s. Concil. Trident. sess. 25 de regularibus c. 2).

Das BGB. geht von der Vermögensfähigkeit aller Personen aus und hat alle entgegenstehenden Bestimmungen der Landesgesetze durch Nichtaufnahme beseitigt. Es bleiben also insbesondere die Klosterpersonen trotz des votum paupertatis vermögens- und besitzfähig; jedoch findet sich hier im Interesse der Beschränkung von Vermögensanhäufung in der manus mortua der Kirche ein Vorbehalt im EG. zum BGB. Nach Art. 87 nämlich bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Wirksamkeit unentgeltlicher Zuwendungen an Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Congregationen von staatlicher Genehmigung abhängig machen, unberührt und können gemäss EG. znm BGB. Art. 218 auch noch späterhin durch Landesgesetz abgeändert werden.

II. Corpus und animus.

1. Im Allgemeinen.

Nach der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts müssen zum Besitzerwerb zwei Momente zusammentreffen, nämlich:

1. corpus (Erlangung der thatsächlichen Gewalt, Besitzergreifung, Apprehension),
2. animus (Besitzwille, Aneignungswille).

s. l. 3 § 1 D 41,2 — Paulus —:

„Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo ant per se corpore".

Es genügt jedoch, damit Besitz erworben werde, nicht schon das blosse Nebeneinanderstehen von thatsächlicher Gewalt und Aneignungswillen, es muss vielmehr „die thatsächliche Gewalt der Ausdruck des Aneignungswillens sein“ [1]; es verhält sich, um einen Vergleich von Jhering zu gebrauchen, corpus und animus wie Wort und Gedanke, „im Wort verkörpert sich der bis dahin rein innerliche Gedanke, im corpus der bis dahin rein innerliche Wille, für die Wahrnehmung existiert bis dahin keines von beiden.“ [2]

Das BGB. stellt in § 854 Abs. 1 als Grundsatz auf, dass der Besitz einer Sache erworben wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache; es sieht damit im Gegensatz zum gemeinen Recht, von dem Erfordernis eines Besitzwillens als selbständigen Merkmals des Besitzerwerbes ab. Es wäre jedoch falsch, wollte man aus dem Schweigen des Gesetzes über diesen Punkt schliessen, dass der Besitzwille und seine Bethätigung ohne jede Bedeutung für den Besitzerwerb seien.

Wie weit für das BGB. der Besitzwille noch in Betracht kommt, wird unten sub 3 zu erörtern sein, zunächst soll (sub 2) der Begriff der thatsächlichen Gewalt einer näheren Betrachtung unterzogen werden,

2. Die Erlangung der thatsächlichen Gewalt.

Was man unter „thatsächlicher Gewalt“ zu verstehen habe, sagt das Gesetz nicht, ebensowenig, was

1) Windscheid § 153.
2) Jhering, Besitzwille S. 36.

zur „Erlangung" der thatsächlichen Gewalt erforderlich ist.[1]

Um den Begriff der thatsächlichen Gewalt richtig interpretieren zu können, muss man berücksichtigen, dass dieser Begriff der herrschenden Doktrin des bisherigen Rechtes entnommen ist und dem gemeinrechtlichen „corpus" entspricht. Es bleiben daher die Grundsätze des gemeinen Rechts auch fernerhin noch verwertbar.[2]

Im älteren römischen Recht hielt man streng an dem Wortlaute der bereits citierten l 3 § 1 D 41,2 (. . . apiscimur possessionem c o r p o r e . . .) fest und verlangte zur Besitzergreifung unmittelbare körperliche Berührung, also entweder Ergreifen mit der Hand (bei beweglichen Sachen) oder Betreten (bei Grundstücken).[3]

Da es nun aber manche Fälle gab, in denen nach Ausweis der Quellen Besitzerwerb auch ohne körperliche Berührung möglich war, sah man sich genötigt, hier zu einer Fiktion seine Zuflucht zu nehmen, und sprach in diesen Fällen von einer „symbolischen Apprehension".

Gegen das Erfordernis körperlicher Berührung erklärt sich ausdrücklich l. 1 § 21 D. 41,2:

> „non est enim corpore et (t) actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu",

1) Nach den Kommissionsprotokollen (Bd. 3 S. 29) ist das massgebende Kriterium darin zu erblicken, dass der Besitzer im Stande ist, Dritte von seinem Machtbereich auszuschliessen.

2) Biermann S. 3, Dernburg, Sachenrecht S. 53

3) s. l 51 und l 3 § 18 D. 41,2.

wonach zur Besitzergreifung schon der blosse Anblick der gegenwärtigen Sache genügen soll.

Wie unrichtig es ist, unter „corpus" körperliche Berührung zu verstehen, erhellt ferner nach Savignys Ansicht schon daraus, dass derselbe Ausdruck beim Verlust des Besitzes vorkommt, (s. l. 44 § 2 D 41,2: „possessionem amitti vel animo vel etiam corpore . , ."). „wobei doch gewiss nicht an körperliche Berührung gedacht werden könne"[1]

Er selbst, in seiner berühmten Begriffsbestimmung, fordert zur Apprehension

> „die physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschliessen".[2]

Diese Formulierung ist in neuerer Zeit lebhaft angegriffen worden, so von Brinz, Baron, Strohal, Pininski, vor allem aber von Jhering (Grund des Besitzschutzes 1869, Besitzwille 1889). Nach seiner Ansicht hat die Apprehension gar nicht die Bedeutung der Erlangung der thatsächlichen Gewalt, sondern die der „Constatierung des Eigentumswillens".[3] Man solle sich fragen, wie der Eigentümer sein Eigentum thatsächlich ausübe, und man wisse, wo Besitz anzunehmen sei; gewisse Gegenstände, wie Wertsachen, Mobilien pflege man in seinem Hause zu bergen, andere, wie z. B. geschlagenes Holz, Heuhaufen ohne Schutz und Aufsicht auf offenem Felde zu lassen; es sei eben nicht das äussere Verhältnis,

1) Savigny S. 212.
2) Savigny S. 210.
3) Ihering, Besitzschutz S. 198.

das hier den Ausschlag gebe, sondern „das wirtschaftliche Bestimmungsverhältnis.“[1]

Auch Jhering hat viel Widerspruch gefunden, vor allem bei Randa (§ 1a), Pininski (Bd. 1 S. 160 f., 330 ff.), Windscheid (§ 153), Dernburg (§ 178) und man wird überhaupt sagen müssen, dass sich eine feste, alle denkbaren Fälle unmittelbar entscheidende Norm nicht aufstellen lässt.

Das Ausschlaggebende wird man mit Proculus[2] darin sehen können, dass man die Sache in seine Gewalt gebracht hat, d. h. wie Dernburg[3] sagt,

> „dass man nach dem gewöhnlichen Verlauf auf die thatsächliche Verfügung über sie rechnen kann.“

Wann dies der Fall, ist quaestio facti, die Frage ist zu entscheiden nicht nach der subjektiven Meinung der Beteiligten, sondern nach den Anschauungen des praktischen Lebens und des Verkehrs unter freier Würdigung der verschiedenen Thatbestände. Ergänzend muss das richterliche Ermessen eintreten.[4]

Sehr treffend hebt in dieser Beziehung Goldschmidt[5] hervor, dass der Besitzbegriff ein „sozialer Gewaltbegriff ist, im Einzelnen je nach der zeitigen Verkehrsanschauung zu wechselnder Be-

1) Jhering, Besitzwille S. 483

2) s. l. 55 D. 41,1: „ . . Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit.“

3) Pandekten, Bd. 1 § 178.

4) Vgl. Motive Bd. 3 S. 83:
„Die Thatfrage, wann Inhabung anzunehmen sei, ist der „richterlichen Beurteilung im einzelnen Falle freigelassen.“

5) S. 64.

urteilung der Thatbestände führend, ein Machtverhältnis, welches dem Gemeinbewusstsein als thatsächliche Herrschaft erscheint, dass aber keine juristische Analyse, nur eine kasuistische Exemplifikation gestattet."[1]

Für das BGB. wird diese Auffassung des Besitzes als „sozialen Gewaltbegriffes" hauptsächlich vertreten von Endemann und Planck. Nach ersterem ist der Besitz „das sozial ausgeprägte, befriedete Gewaltverhältnis eines Menschen über eine Sache,"[2] während Planck[3] in der zum Besitz erforderlichen Gewalt „eine Erscheinung des Gemeinschaftslebens" erblickt, „welche die Rechtsordnung als gegeben vorfindet," und die thatsächliche Gewalt definiert als „die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache."[4]

Lassen sich nun aber auch die Voraussetzungen für die Erlangung der thatsächlichen Gewalt nicht fest normieren, so sind doch schon im bisherigen Recht einige besondere Regeln zu allgemeiner Anerkennung

1) Ähnlich Randa S. 406, 407:
„Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Akt oder Vor-
„gang einer Person thatsächlich die Herrschaft über ein
„Objekt verschaffe, ist wesentlich auf die Anschauung des
„Verkehrs, auf die lebendige Lebensauffassung Rücksicht
„zu nehmen."

2) Bd. 2 S. 98.

3) S. 32

4) Ähnlich: Biermann S. 3, Kober S. 7, Kuhlenbeck S. 442, die Protokolle Bd. 3 S. 29 und die Denkschrift S. 110 Abweichend namentlich Cosack Bd. 2 S. 60, der ein wesentliches Merkmal der thatsächlichen Herrschaft darin erblickt, „dass die Sache sich zur Zeit in der realen Gewalt des Herrn befindet."

gelangt, die, soweit nicht Sondervorschriften, wie z. B. der oben besprochene § 855, entgegenstehen, auch für das BGB. noch von Bedeutung sind.

Vor allem hat man einen Unterschied zu machen zwischen einseitigem Besitzerwerb und vereinbartem Besitzwechsel (Tradition, Besitzübertragung).

a) Zum einseitigen Besitzerwerb, (Occupation einer besitzfreien Sache oder Besitzentziehung bei einer bereits in Besitz befindlichen Sache) ist in der Regel eine unmittelbare Einwirkung auf die gegenwärtige Sache erforderlich, die blosse Möglichkeit der Besitzergreifung reicht nicht aus; so genügt insbesondere bei der Jagd nicht schon die Verfolgung oder Verwundung des Wildes, sondern es ist Ergreifen desselben notwendig.

s. l. 5 § 1 D. 41,1:

> Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur . . . plerique non aliter putaverunt, eam nostram esse quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus."

Körperliche Berührung ist jedoch nicht immer unbedingt erforderlich, es genügt unter Umständen Anwendung eines tauglichen Werkzeuges, so erlange ich z. B. Besitz an dem Wilde, das sich in der von mir gelegten Schlinge gefangen hat, vorausgesetzt, dass mir der Zutritt zur Schlinge nicht versperrt ist. (s. l. 55 D. 41,1).

Nicht immer bedarf es einer eigentlichen Besitzergreifung, es kann unter Umständen schon ge-

nügen, dass die Sache in unsere Obhut (custodia) gekommen ist, so erstreckt sich z. B. die thatsächliche Gewalt über einen abgeschlossenen Raum, Hof, Garten auch auf die darin befindlichen beweglichen Sachen. (s. l. 18 § 2 D. 41,2; l 9 § 3 D. 23,3).

Dagegen sind, zu einseitigem Besitzerwerb, nicht genügend etwaige Bemühungen, eine Sache in unseren Besitz zu bringen, wie z. B. Anbringen von Zeichen an beweglichen Sachen, Benachrichtigung durch Zuruf. Durch derartige Handlungen werden Dritte nicht gehindert, ihrerseits an der Sache Besitz zu ergreifen.

An Grundstücken kann Besitz erworben werden durch Setzen von Grenzzeichen, Beackern u. s. w., jedoch verschaffte kraft positiver Bestimmung des gemeinen Rechts das blosse Eindringen in ein fremdes Grundstück in Abwesenheit des Besitzers noch keinen Besitz, hierzu war vielmehr erforderlich, dass der bisherige Besitzer nach erlangter Kenntnis von dem Eindringen es duldete oder nicht sofort zu beseitigen vermochte. (s. z. B. l. 6 § 1 D 41,2).

Diese singuläre Bestimmung des gemeinen Rechts ist jedenfalls durch Nichtaufnahme seitens des BGB. beseitigt worden.

b) Beim vereinbarten Besitzwechsel gelten freiere Grundsätze, hier kommt es vor allem auf die Willenseinigung an, so verschafft z. B. das Einhändigen der Schlüssel zu dem Raume, in welchem die zu veräussernden Waren lagern, dem Empfänger die thatsächliche Gewalt über die Waren.

s. l. 1 § 21 D. 41,2:

„vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint."

Ferner ist hier zu nennen der Besitzerwerb an schwimmenden Waren durch Einhändigen eines Konnossements über dieselben (HGB. §§ 642 ff.)

Sodann kann, bei vereinbartem Besitzwechsel, durch Anzeichnen von Mobilien mit Namen oder Marke des Käufers von diesem Besitz erworben werden.

s. l. 15 § 1 D. 18,6:

„videri autem trabes traditas, quas emptor signasset."

Vorausgesetzt ist dabei, dass man auch thatsächlich die Herrschaft über die Sache auszuüben vermag, andernfalls, z. B. bei Sachen in verschlossenen, uns nicht zugänglichen Räumen, hat das Signieren nur die Bedeutung einer Individualisierung der gezeichneten Sache.

s. l. 1 § 2 D 18,6:

„Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait, traditum id videri. Labeo contra, quod et verum est, magis enim, ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur".

Nach § 854 Abs. 2 BGB. „genügt zum Besitzerwerbe die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben".

Es handelt sich hier, wie Planck[1] mit Recht betont; nicht etwa, wie es auf den ersten Blick scheinen

1) S. 33.

könnte, um eine Ausnahme von § 854 Abs. 1. sondern nur um eine nähere Erläuterung desselben, m. a. W.: der § 854 Abs. 2 will sagen: nicht, dass bei vereinbartem Besitzwechsel von dem Erfordernis der Erlangung der thatsächlichen Gewalt abgesehen werden kann, sondern vielmehr, dass in diesem Falle die thatsächliche Gewalt schon dadurch erlangt wird, dass der Erwerber in der Lage ist, sie auszuüben.

Dies ergiebt sich vor allem aus dem § 856 BGB., demzufolge der Besitz dadurch beendigt wird, dass der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache verliert. Wenn nämlich der Erwerber auf dem in § 854 Abs. 2 vorgesehenen Wege nicht die thatsächliche Gewalt erlangte, so würde es an einer Bestimmung über den Verlust des auf diese Weise erlangten Besitzes fehlen.

Über die rechtliche Natur der im § 854 Abs. 2 geforderten „Einigung" herrscht Streit. Richtiger Ansicht nach stellt sie sich als ein Vertrag im technischen Sinne dar[1]; es kommen daher die Vorschriften über Rechtsgeschäfte im allgemeinen, und über Verträge insbesondere zur Anwendung.

Wann der Erwerber „in der Lage" ist, die Gewalt über die Sache auszüben, sagt das BGB. nicht, hierüber muss, ebenso wie über das Moment der thatsächlichen

1) So: Strohal S. 81, Biermann S. 5, Endemann Bd. 2 S. 148 Anm. 24; abweichend namentlich Planck Anm. 3a zu § 854, der aber trotzdem eine entsprechende Anwendung der grundlegenden Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere derjenigen über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel für zulässig erklärt, so dass der ganze Streit praktisch wenig Bedeutung hat.

Gewalt selbst, in erster Linie die Auffassung des Verkehrs und des täglichen Lebens entscheiden; immerhin wird es, wenn einem gemäss § 854 Abs. 2 erfolgten Besitzerwerb die reale Ergreifung der Sache nachfolgt, für den Besitzer zweckmässiger sein, sich bei Besitzstreitigkeiten auf den in seinen Voraussetzungen einfacheren § 854 Abs. 1 zu berufen.

Die Vorschrift des § 854 Abs. 2 ist vor allem von Bedeutung für Grundstücke, es wird damit eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden:

Nach gemeinem Recht konnte die Tradition von Grundstücken zunächst erfolgen durch Einführung des Besitzerwerbers auf das Grundstück selbst, sodann genügte aber auch Tradition aus der Nähe, sog. longa manu traditio. s. l. 18 § 2 D. 41,2:

> „ . . . si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat: non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem."

Sehr bestritten war die Frage, ob die Tradition eines Grundstückes auch ohne Anwesenheit der Parteien auf oder bei demselben erfolgen könne:

Windscheid[1] und seine Anhänger waren der Ansicht, dass der Erwerber, wenn der Vertrag fern von dem Grundstück abgeschlossen sei, stets noch eine eigentliche Besitzergreifungshandlung auf oder bei dem Grundstück vornehmen müsse.

Andere dagegen wie Dernburg,[2] Bähr[3] erklärten bei offenen Grundstücken den Besitzein-

1) § 153.
2) Pandekten Bd. 1 § 178.
3) Jherings Jahrb. Bd. 26 S. 316 ff.

räumungsvertrag für genügend, vorausgesetzt, dass der künftigen Einwirkung auf das Grundstück kein Hindernis im Wege stand (tradere vacuam possessionem).

Diese Ansicht liess sich zwar nicht quellenmässig begründen, entsprach aber jedenfalls den Bedürfnissen des modernen praktischen Lebens in ungleich höherem Masse als die gegnerische; in Rom mochte, bei den damals noch herrschenden Schwierigkeiten, ein Grundstück genau zu bezeichnen, ein Akt thatsächlicher Besitzergreifung noch eine gewisse Berechtigung haben, im modernen gemeinen Recht, wo durch Grundkarten und sonstige Hülfsmittel die Identität des zu übertragenden Grundstückes meist mit völliger Sicherheit festgestellt werden konnte, hatte eine derartige lästige Formalität keinen vernünftigen Sinn mehr.

Das BGB. hat sich denn auch in seinem § 854 Abs. 2 der Dernburg-Bährschen Anschauung angeschlossen, insbesondere ist es völlig gleichgültig, ob die Einigung in der Nähe des Grundstücks oder fern von ihm erklärt wird, auch wird, mangels besonderer Formvorschriften, im allgemeinen schon in der Auflassung die erforderliche Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zu erblicken sein. Die Eintragung ins Grundbuch dagegen ist als solche für den Besitzübergang unerheblich.

3. Der Besitzwille.

Ausser der Apprehension war nach gemeinem Recht zum Besitzerwerb ein Besitz*wille* erforderlich. Dieser Wille brauchte allerdings nicht ausdrücklich er-

klärt zu werden, er konnte vielmehr auch auf andere Weise hervortreten z. B. durch konkludente Handlungen. Auch wurde bei demjenigen, der die thatsächliche Gewalt über eine Sache ausübte, vermutet, dass er den Willen habe, die Sache zu besitzen, oder, um mit Jhering[1] zu sprechen: „Innehabung einer Sache ist Besitz, Gegenbeweis vorbehältlich".

Der Willensentschluss konnte sofort bei der Erlangung der thatsächlichen Gewalt gefasst werden, oder auch erst später; im letzteren Falle sprechen die Quellen davon, dass „solo animo acquiritur possessio"[2]; jedoch konnte sich durch eine Änderung der ursprünglichen Absicht allein die einmal eingenommene Besitzstellung nicht ändern, nemo sibi causam possessionis mutare potest,[3] insbesondere konnte sich der Inhaber einer Sache nicht durch seinen blossen Willensentschluss zum Besitzer machen, hierzu war vielmehr erforderlich, dass dieser Entschluss durch gegen den Besitzer gerichtete Handlungen an den Tag gelegt (s. l. 12, l 18 D 43,16) oder dass er auf Grund eines neuen Geschäftes mit dem bisherigen Besitzer gefasst wurde (s. l. 18 pr., l. 19 § 1 D 41.2).[4]

Das BGB. sieht, wie schon erwähnt, von einem Besitzwillen als selbständigem Merkmale des Besitzerwerbes ab.

Im Gegensatz hierzu liess der erste Entwurf (§ 797), im Anschluss an das gemeine Recht, den

1) Besitzwille S. 167.
2) s. l. § 3 D. 41,2; l. 9 § 9 D. 12,1.
3) s. l. 3 § 19, l. 19 § 1 D. 41,2
4) Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 179.

Besitz erworben werden durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache (Inhabung) in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille).

Für die (dem „Besitz" des BGB. entsprechende) „Inhabung" dagegen forderte auch der erste Entwurf keinen besonders gearteten Willen, um nicht für viele Fälle, in denen eine Sache in den Machtbereich einer Person gelangt ist, ein Inhabungswille aber selbst bei laxer Auffassung dieses Erfordernisses nicht angenommen werden kann, den Besitzschutz versagen zu müssen und ferner die Inhabung des Kindes und des Wahnsinnigen nicht völlig schutzlos zu machen.[1]

Die zweite Kommission ferner lehnte einen Antrag ab, welcher dem jetzigen § 854 Abs. 1 die Worte hinzufügen wollte:

> „wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Gewalt zu haben."

Die Mehrheit der Kommission erachtete nämlich die Aufstellung des Willenserfordernisses teils für entbehrlich mit Rücksicht auf die Fälle, in denen nach Lage der Sache die Herstellung der thatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, andrerseits aber für bedenklich für die Fälle, wo ein Erwerbswille sich nur mit Hülfe willkürlicher Annahmen und Fiktionen konstruieren lasse. Auch die aus dem Willenserfordernis folgende Unfähigkeit rechtlich

1) Motive Bd. 3 S. 81.

willensunfähiger Personen zum Besitzerwerb erschien nicht unbedenklich.[1] [2]

Hiernach kann es keinem Zweifel unterliegen, dass nach BGB. der Besitzwille kein notwendiges Element des Besitzerwerbes mehr ist. Ein Besitzwille wird zwar in der Regel vorhanden sein, er wird sogar vielfach auch da anzunehmen sein, wo der Besitzerwerber im Einzelnen von dem Erwerbe nichts weiss, so z. B. bei dem Brief, den der Postbote in unserer Abwesenheit in unseren Briefkasten steckt, bei den Eiern, die unsere Hühner, ohne dass wir es wissen, legen; dadurch, dass wir einen Briefkasten an unserem Hause anbringen lassen, geben wir eben zu erkennen, dass wir an allen Briefen, die künftig für uns in den Kasten geworfen werden, Besitz erwerben wollen, und die Hühner halten wir ja gerade zu dem Zweck, damit sie Eier legen.

Ein notwendiges Erfordernis des Besitzerwerbes ist der Besitzwille aber nicht mehr.

Dies ist allerdings nicht unbestritten. So meint Gierke,[3] dass man thatsächliche Gewalt nur „durch ein mit Willensinhalt erfülltes Handeln" erlangen könne;

1) Protokolle Bd. 3 S. 30.

2) In demselben Sinne heisst es in der Denkschrift (S. 109): „Einen auf die Erlangung gerichteten Willen des Erwerbers verlangt der Entwurf nicht. Denn es sind auch solche Fälle zu berücksichtigen, in denen eine Sache in den äusseren Machtbereich einer Person unter Umständen gelangt ist, unter denen ein Erwerbswille nicht angenommen werden kann, gleichwohl aber das Bedürfnis des Besitzschutzes besteht. Insbesondere trifft dies für willensunfähige Personen (Kinder, Geisteskranke) zu, welche andernfalls zum Erwerbe eines rechtlich geschützten Besitzes schlechthin unfähig wären."

3) S. 4.

nach Endemann[1] muss der Besitzwille „als ebenbürtiger Faktor zur Geltung kommen"; Affolter[2] konstruiert für die Fälle, wo ein Wille scheinbar fehlt und doch das Bedürfnis nach Besitzschutz vorhanden ist, einen „Willen mit rückwirkender Kraft."[3] Frank[4] erblickt das Erfordernis des Willens in dem Ausdruck „thatsächliche Gewalt", „denn hier werde man die Voraussetzungen des Besitzes nur dann als gegeben erachten, wenn das äussere Verhältnis sich darstellt als ein auf Grund oder mit unserem Willen bestehendes;" Bekker[5] legt ungebührliches Gewicht auf das Wort „Erlangung," er sagt: „wir erlangen, genau gesprochen, nur, wonach wir „gelangt" haben, nicht, was ohne unser Wissen und Wollen uns zufällt."[6]

Die meisten dieser Autoren scheinen, verleitet durch die gemeinrechtliche Besitzlehre, den Besitzwillen für einen so wesentlichen Bestandteil des Besitzbegriffes zu halten, dass mit dessen Hinwegnahme der ganze Besitzbegriff in sich zusammenfällt.

Demgegenüber ist daran zu errinnern, dass der Besitzbegriff, ebenso wie jeder andere Rechtsbegriff, nicht ein fester, für alle Zeiten sich gleich bleibender, philosophischer Begrift ist, sondern dass „die ideelle

1) Bd. 2 S. 152 Anm. 2.
2) S. 2.
3) Hiergegen bemerkt Kniep S. 101 treffend:
„Ein Wille mit rückwirkender Kraft ist ein Unding. Der Wille geht naturgemäss auf die Zukunft, hier ist er auf ein Habenwollen gerichtet. Ein Wille mit rückwirkender Kraft wäre ein fingierter Wille, also ein Nichtwille."
4) S. 13.
5) In Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 33.
6) Hiergegen mit Recht: Burghoff S. 24, Kappler S. 64 ff.

Ruhe des Besitzbegriffs nur so lange dauert, als die positive Gesetzgebung ihn in seiner Ruhe belässt.“ [1]

In der That erkennt denn auch die übrige Litteratur, dem klaren Wortlaut und den Materialien des BGB. entsprechend, einen Besitzerwerb ohne Willen an.[2]

Als notwendige Folge davon, dass das BGB. einen besonderen Besitzwillen nicht erfordert, ergiebt sich, dass nunmehr auch geschäftsunfähige Personen (Kinder unter 7 Jahren, Geisteskranke) einseitig Besitz erwerben können. Das BGB. bietet nämlich keinerlei Anhaltspunkte dar, welche uns nötigen könnten, die einseitige Besitzergreifung als Rechtsgeschäft aufzufassen, es handelt sich hier vielmehr nur um ein rein thatsächliches Verhältnis.[3]

Anders beim vereinbarten Besitzwechsel des § 854 Abs. 2 BGB. Hier ist Geschäftsfähigkeit Voraussetzung des Besitzerwerbes, denn die in § 854 Abs. 2 geforderte „Einigung“ stellt sich, wie oben erwähnt, als Vertrag dar, so dass die für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften Anwendung finden.

Wann im Einzelnen Besitzerwerb geschäftsunfähiger Personen anzunehmen ist, darüber entscheiden wiederum die oben entwickelten allgemeinen Grundsätze; von grosser praktischer Bedeutung sind

1) Baron S. 206.

2) Strohal S. 66 ff., Planck S. 32, Matthiass Bd. 2 S. 10, Bartels S. 646, Biermann S. 3, Kober S. 7, Fischer-Henle Anm. zu § 854, Cosack S. 68.

3) So die herrschende Meinung, u. A. die oben sub.[2] Citierten. Abweichend namentlich Endemann Bd. 2 S. 37.

diese Fragen nicht, weil ja für Kinder und Geisteskranke in der Regel Vertreter handeln.

Indem das BGB. einen Besitzerwerb geschäftsunfähiger Personen anerkennt, weicht es damit erheblich vom gemeinen Recht ab:

Nach gemeinem Recht konnte wegen des zum Besitzerwerbe nötigen Willensentschlusses nur derjenige persönlich Besitz erwerben, wer im stande war, persönlich Rechte zu erwerben. Es konnten daher Kinder, Geisteskranke, juristische Personen grundsätzlich nicht persönlich, sondern nur durch ihre gesetzlichen Vertreter Besitz erwerben (s. l. 1 § 5, § 20 D. 41,2).[1]

Jedoch bestand hier eine besondere Ausnahme für Kinder, diese konnten gemäss der allerdings sehr bestrittenen l. 3 C. 7, 32, wenn ihnen etwas geschenkt wurde, auch ohne Unterstützung ihres Vormundes durch Tradition Besitz erwerben.[2]

Wenn nun aber auch das BGB. zum Besitzerwerb einen besonderen Besitzwillen nicht verlangt, so wäre es doch falsch, wollte man annehmen, dass ein solcher Wille ohne jegliche Bedeutung sei, vielmehr wird vielfach ein auf den Erwerb gerichteter Wille und dessen Bethätigung vorhanden sein müssen, damit überhaupt von thatsächlicher Gewalt die Rede sein kann, denn jede thatsächliche Gewalt setzt eine gewisse Beziehung zwischen Person und Sache voraus, und

1) Windscheid § 152.

2) Puchta (S. 63, 64) ist der Ansicht, das Kind erwerbe in diesem Falle Besitz, weil, wie sonst durch den Tutor, hier durch den Schenker der unvollkommene animus des Kindes seine feste Direktion erhalte, s. auch l. 32 § 2 D. 41,2.

diese Beziehung kann unter Umständen nur durch eine Willensbethätigung der Person hergestellt werden.[1]

Einen ausdrücklichen Hinweis auf die Bedeutung des Willensmomentes für den Besitzerwerb enthält § 867 BGB.

Es heisst dort:

> „Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist."

Hieraus ergiebt sich, dass ich an einer aus der Gewalt des Besitzers auf mein Grundstück gelangten Sache z. B. an dem Hut, den der Wind in meinen Garten oder durch das offene Fenster in mein Zimmer weht, nicht schon ohne weiteres Besitz erlange; hierzu bedarf es vielmehr noch einer besonderen „Inbesitznahme," die sich regelmässig nicht ohne den Willen, die Sache zu besitzen, vollziehen wird.

Aber auch abgesehen von diesem Sonderfall des § 867 wird der Besitzwille vielfach von Bedeutung sein.

Ein sehr instruktives Beispiel giebt Lehmann:[2]

> „Ein achtjähriges Kind sieht auf der Strasse einen Ball liegen, es stösst ihn mit dem Fusse vorwärts. Hat es Besitz an ihm erlangt?"

1) Biermann S. 4, Matthiass S. 10.
2) S. 15.

Man wird antworten müssen: ja, wenn das Kind die Absicht hatte, den Ball zum Spielen durch Weiterstossen zu verwenden; nein, wenn es den Ball nur aus dem Wege stossen wollte. Die Absicht ist es hier, die über den Besitzerwerb entscheidet.

Ähnlich liegt die Sache, wenn vor einem von mehreren Mietern bewohnten Hause Brennmaterial abgeladen wird;[1] das räumliche Verhältnis ist für alle Mieter dasselbe, Besitz wird aber nur für den Besteller anzunehmen sein, er allein hat den Besitzwillen.

Damit wird aber in derartigen Fällen der Besitzwille nicht etwa, wie im gemeinen Recht, ein selbständiges zweites Erfordernis für den Besitzerwerb und dieser daher auch kein Rechtsgeschäft; deshalb braucht auch der Wille, durch den die thatsächliche Gewalt hier hergestellt wird, nicht notwendig ein rechtsgeschäftlicher zu sein, wie im Falle des § 854 Abs. 2 BGB., es kann vielmehr unter Umständen auch der natürliche Wille eines Geschäftsunfähigen genügen. So wird man im Falle des Lehmann'schen Beispiels dem spielenden Kinde auch dann Besitz an dem Balle zusprechen müssen, wenn es erst etwa 5 oder 6 Jahre alt und noch völlig geschäftsunfähig ist, und man wird im Falle des zweiten Beispiels auch für einen wegen Geisteskrankheit entmündigten Besteller Besitz an dem Brennmaterial annehmen müssen.[2]

Als Resultat ergiebt sich demnach, dass zum Besitzerwerb zum Teil die Herstellung einer räumlichen

1) Beispiel von Biermann (S. 4).
2) Strohal S. 76.

Beziehung zwischen Person und Sache genügt, zum Teil aber zu dieser räumlichen Beziehung noch ein besonderer Wille, sei es ein rechtsgeschäftlicher, sei es ein natürlicher, hinzukommen muss.

Es fragt sich: wo ist die Grenze zu ziehen, insbesondere, wo ist trotz mangelnden Besitzwillens Besitz anzunehmen?

Frank hilft sich in der Weise, dass er für die Fälle, wo ein besonderer Besitzwille offenbar fehlt, aber dennoch das Bedürfnis nach Besitzschutz besteht, einen „Generalwillen" konstruiert und bei dessen Vorhandensein Besitz annimmt. Er geht dabei von dem Fall aus, dass der Postbote einen Brief in den Briefkasten des Adressaten wirft, und nimmt hier, in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht (s. oben S. 44), einen Besitzwillen des Letzteren an. Nun folgert Frank aber weiter: „die Wohnung ist im grossen, was der Briefkasten im kleinen, ... bringt jemand etwas bei mir ein, so besitze ich nur, weil ich meiner Wohnung die Bestimmung gegeben habe, mir an allem, was für mich ihrem Schutze anvertraut wird, die Sicherheit wirtschaftlicher Nutzung zu verschaffen".[1]

Frank nimmt demgemäss bezüglich aller in die Wohnung eingebrachten Sachen einen Besitzwillen als vorhanden an, es sei denn, dass die Sachen der Zweckbestimmung der Wohnung zuwiderlaufen, wie z. B. Dynamitbomben.

Demgegenüber weist Raape[2] mit Recht darauf hin, dass z. B. ein neben dem russischen Kaiserpalast

1) Frank S. 23.
2) S. 15.

wohnender Nihilist, der sich mit dem Gedanken trägt, den Palast, sei es auch unter Zerstörung seiner eigenen Wohnung, in die Luft zu sprengen, die Bombe gewiss mit Freuden begrüssen würde, und meint, dass das, was im Falle der Bombe gerecht sei, auch in anderen Fällen billig sein müsse.

Er sagt mit vollem Recht[1]:

„Uns dünkt nach allem dem der auf die Wohnung bezügliche Generalwille in der von Frank behaupteten Allgemeinheit nichts wirkliches, sondern erdichtetes. Er wird souverän bald zu-, bald aberkannt, je nachdem Besitzschutz angebracht erscheint oder nicht".

Raape selbst nimmt Besitzerwerb ohne Willen dann an, wenn eine „justa causa" für den Besitzerwerb vorhanden ist, Diese „justa causa" erblickt er aber darin, „dass das corpus von der Zuwendungsabsicht eines Anderen oder des Gesetzes getragen wird.[2]

In ähnlicher Weise ist Kniep[3]

„leichter geneigt, einen Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen, wenn sich das körperliche Verhältnis in der Rechtslinie bewegt."

Eine derartige Unterscheidung wird durch das Gesetz selbst jedenfalls nicht, und durch die — übrigens nicht schlechthin massgebenden — Materialien nur ungenügend motiviert.

Es ist aber auch gar nicht nötig, überhaupt irgend welche künstliche Konstruktionen zu machen. Man

1) Raape S. 15.
2) Raape S. 52.
3) S. 97.

wird sich mit der, auch für das BGB. fast allseitig anerkannten Goldschmidtschen Definition des Besitzes als eines „sozialen Gewaltbegriffs“ (s. oben S. 34, 35) begnügen können und dementsprechend sagen: Besitz ist, auch wenn ein Besitzwille offenbar nicht vorhanden ist, dann anzunehmen, wenn das allgemeine Rechtsbewusstsein die räumliche Beziehung zwischen Person und Sache als schutzwürdig anerkennt.

Damit ist zwar die Frage, wann Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen sei, nicht eigentlich beantwortet, sondern nur durch die andere Frage ersetzt: Wann erkennt das allgemeine Rechtsbewusstsein eine räumliche Beziehung zwischen Person und Sache als schutzwürdig an? und diese Frage wird sich im Einzelnen nur nach den Anschauungen des Verkehrs und des täglichen Lebens entscheiden lassen[1].

So viel lässt sich aber feststellen, dass das heutige allgemeine Rechtsbewusstsein Besitz und damit Besitzschutz in sehr viel weiterem Umfange anerkennt, als das bisherige Recht es gethan hat: das römische Recht gewährte nur dem possessor Besitzschutz[2], das gemeine (kanonische) Recht zwar auch dem Detentor.

1) s. Planck S. 33:
„In welchen Fällen Besitzerwerb ohne Willen anzunehmen „ist, darüber entscheidet wiederum die Verkehrsanschauung.“

2) Nach Jhering (Besitzwille S. 49) war, bereits im römischen Recht, jeder Detentor durch die actio injuriarum geschützt. Dies war jedoch kein eigentlich dinglicher Besitzschutz, sondern nur ein durch das Recht der Persönlichkeit vermittelter.

aber doch nur dem Detentor zu eigenem Interesse.[1] Einen weitergehenden Besitzschutz erkannte das gemeine Recht nicht an und blieb damit jedenfalls hinter den Anforderungen des Verkehrs und des täglichen Lebens zurück. Es ist daher als ein Vorzug des BGB. dem gemeinen Rechte gegenüber zu bezeichnen, dass es dank seiner ganz allgemein gehaltenen Fassung gestattet, Besitzschutz in einem dem allgemeinen Rechtsbewusstsein entsprechenden Umfange zu gewähren.

Einige Beispiele mögen dies näher erläutern:

„Der Lehrling meines Buchbinders bringt in meiner Abwesenheit einen Stoss gebundener Bücher und stellt diese in mein Regal ein. Nach einiger Zeit ergiebt sich, dass unter diesen Büchern auch solche sich befinden, welche anderwärts abzuliefern waren".

Nach Strohal, von dem das Beispiel herrührt,[2] habe ich auch an den letzteren Büchern Besitz schon dadurch allein erworben, dass sie thatsächlich in meine Bibliothek eingestellt worden sind. Kniep[3] dagegen verneint in diesem Falle Besitzerwerb.

Wer hat Recht?

Ich möchte mit Strohal Besitzerwerb annehmen, und zwar aus folgenden Gründen:

Angenommen, es tritt ein Dritter, der den Sachverhalt erfahren hat, zu mir ins Zimmer, nimmt die fremden Bücher aus dem Regal und will damit fort-

1) ERG. Bd. 5 S. 164, Bd. 14 S. 363, Bd. 30 S. 138, Bd. 33 S. 380.

2) Strohal S. 73.

3) S 97.

gehen. Kann ich da nicht die Besitz-Selbstschutzrechte des § 859 BGB. ausüben? Oder soll der Dritte mir entgegnen können: Du bist nicht Besitzer der Bücher geworden, denn Du hast von dem Vorhandensein der Bücher nichts gewusst, kannst also auch nicht den Willen gehabt haben, die Bücher zu besitzen; ich dagegen bin jetzt Besitzer der Bücher, ich habe ausser der räumlichen Beziehung zur Sache auch den Besitzwillen.

Ich meine, es entspricht dem allgemeinen Rechtsbewusstsein, in diesem Falle trotz mangelnden Besitzwillens Besitzerwerb für mich anzunehmen[1].

Die gleichen Gründe sprechen dafür, dass ich Besitz erwerbe: an den Gummischuhen, die ein Besucher auf meinem Flur stehen lässt[2], an den vom Postboten bei mir abgegebenen Briefen, auch wenn diese nicht für mich bestimmt sind[3]; an den Gegenständen, die mir jemand ohne mein Wissen in die Tasche steckt, einerlei, ob dies ein Verwandter thut, um mir ein Geschenk zu machen, oder ein Dieb, um den Verdacht von sich abzulenken[4].

Besitzerwerb in diesem Umfange anzunehmen, ist um so angebrachter, als das deutsche StGB. keine gegen Eigenmacht als solche gerichtete Strafbestimmung

1) Mit Recht sagt Bähr (s. Urteile des RG. S. 46 Anm.): „Unser Volk hat einen sehr lebhaften Sinn dafür, dass „niemand sich das Wegholen von Sachen aus seiner Wohnung „hinter seinem Rücken gefallen zu lassen braucht, mögen sie „gehören, wem sie wollen."

2) Abweichend Cosack Bd. 2 S. 69.

3) A. M. Kniep S. 99, Frank S. 18.

4) Abweichend Kniep S. 97.

enthält[1], und um so unbedenklicher, als ja die wirklich Berechtigten hinreichend geschützt sind, nämlich entweder als Eigentümer gemäss § 985 BGB. oder als frühere Besitzer gemäss § 812 BGB. (ungerechtfertigte Bereicherung).

Wenn man nun aber auch nach BGB. Besitzerwerb ohne Besitzwillen in sehr weitem Umfange zulassen kann, so wird man doch daran festzuhalten haben, dass ein „die Ausübung des Besitzes ermöglichendes thatsächliches Verhältnis zur Sache“[2] bestehen muss.

Deshalb geht Bartels[3] zu weit, wenn er sagt:

> „Weil ich das corpus, die Sache, in meinem Gewaltbereiche habe, besitze ich den Schatz, der, mir unbewusst, in dem von mir besessenen Grundstücke oder Möbel steckt.“

Andrerseits wäre es eine ungebührliche Erschwerung des Besitzerwerbes, wollte man hier, wie Dernburg[4] es nach dem Vorgange des römischen Rechts[5] thut, „Inhandnahme“ des Schatzes verlangen es muss vielmehr Entdeckung des Schatzes und irgendwie erfolgte Bethätigung des Besitzwillens für ausreichend erachtet werden.[6] (vgl. § 984 BGB.).

1) Bähr erzählt in seinen Besprechungen reichsgerichtlicher Urteile, S. 45 Anm., wie er sich bei Schaffung des deutschen Strafgesetzbuchs vergeblich im Reichstage bemüht habe, eine gegen Eigenmacht gerichtete Strafbestimmung zur Geltung zu bringen

2) Meisner S. 6.

3) S. 655.

4) Sachenrecht S. 54 Anm. 3.

5) Auf Grund der l. 3 § 3 D. 41,2 erwarb man an einem in einem Grundstück verborgenen Schatze erst Besitz, „si loco motus est.“

6) Meisner S. 6.

III. Besitzerwerb durch Stellvertreter.

Die Lehre von der Stellvertretung im Besitzerwerb hat durch das BGB. eine vollständige Umwälzung erfahren, zum Verständnis des neuen Rechtes ist es jedoch erforderlich, auf das bisherige Recht zurückzugreifen:

Im älteren römischen Recht erwarb der Hausvater wie das Eigentum, so auch Besitz unmittelbar durch seine Gewaltuntergebenen (Hauskinder, Sklaven).[1]

s. Gaj. Inst. II § 89:

„Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio."

War ihnen ein Pekulium eingeräumt, so erwarb er den Besitz der Pekuliarsachen, auch wenn ihm deren Erwerb im Einzelnen nicht bekannt war.[2]

Erst in der Kaiserzeit gelangte der Besitzerwerb durch Gewaltfreie zur Anerkennung, zunächst durch Prokuratoren, d. h. Vertrauenspersonen eines Herrn, die regelmässig in seinen Geschäften thätig waren. Meist waren es Freigelassene, und die Zulassung des Besitzerwerbes durch sie war daher, wie Schlossmann[3] mit Recht betont, häufig „nichts anderes, als eine in engen Grenzen sich haltende Fortsetzung des alten Rechtsverhältnisses, wie es vor der Freilassung bestanden hatte."

Später erkannte man dann auch Besitzerwerb durch freie Personen schlechthin an.

1) Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 180
2) s. l. 1 § 5, l. 3 § 12. l. 44 § 1 D. 41,2.
3) S. 161.

Der Stellvertreter konnte beim Besitzerwerb in zweifacher Weise handeln: entweder er erwarb dem Geschäftsherrn den Besitz unmittelbar, oder er erwarb den Besitz zunächst für sich selbst, in der Absicht, ihn später auf den Geschäftsherrn zu übertragen. Es entschied hierüber der Wille des Stellvertreters, einen Anhaltspunkt für die Beurteilung gewährte meist das zu Grunde liegende Geschäft. Hatte der Stellvertreter dieses ausdrücklich in eigenem Namen abgeschlossen und sich persönlich zur Gegenleistung verpflichtet, so nahm man an, dass er den Besitz zunächst für sich erwerben wollte. In Rom war diese Form die übliche, im modernen Verkehrsleben dagegen wurde es zur Regel, dass der Stellvertreter dem Geschäftsherrn den Besitz unmittelbar erwarb. Gleichgültig war es hierbei, ob er nach aussen hin, d. h. dem Tradenten gegenüber als Vertreter auftrat oder im eigenen Namen handelte. Wenn nämlich Geschäftsherr und Vertreter sich darüber einig waren, dass ersterer den Besitz unmittelbar erwerben sollte, so konnte es in der Regel nicht darauf ankommen, ob der Tradent wusste, auf wen er den Besitz übertrug; dies war ihm vielmehr entweder völlig gleichgültig, oder aber er wollte zwar den Empfänger zum Besitzer machen, dieser aber sofort bei dem Erwerbsakte den eben erlangten Besitz mittels constitutum possessorium auf den Geschäftsherrn übertragen.[1]

War ferner der Vertreter nach aussen hin in fremdem Namen aufgetreten, und hatte der Tradent ihm die Sache für den Geschäftsherrn übergeben,

1) ERG. Bd. 30 S 143.

so ward dieser Besitzer, auch wenn der Vertreter im Stillen die Absicht hatte, die Sache für sich zu erwerben. Es hätte darin eine vom Recht nicht zu berücksichtigende Mentalreservation gelegen.[1]

Ausser der Erlangung der thatsächlichen Gewalt durch den Vertreter und seiner Absicht, dem Geschäftsherrn den Besitz zu erwerben, bedurfte es ferner des Willens des Geschäftsherrn, durch den Stellvertreter zu erwerben.

1. Paul. sent. V. 2 § 1:

„Possessionem acquirimus (et) animo et corpore, animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno".

s. ferner l. 3 § 12 D. 41,2:

„animo nostro, corpore etiam alieno possidemus."

Ein solcher Wille des Geschäftsherrn konnte in verschiedener Weise zum Ausdruck kommen: in einem der Besitzergreifung vorhergehenden Auftrag oder in nachträglicher Genehmigung.

Richtiger Ansicht nach genügte ein genereller Auftrag, insbesondere der Auftrag zur Verwaltung des gesamten Vermögens, es liegt in einem solchen Auftrag die Zustimmung zu jedem Besitzerwerbe, den der Vertreter innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises vornimmt. Vgl. ERG. Bd. 19 S. 248 und l. 19 § 2 D. 41,2:

„possessio per procuratorem ignoranti quaeritur".

1) s. l. 13 D. 39,5.

Im BGB. fehlt es an besonderen Bestimmungen über den Besitzerwerb durch Stellvertreter.

Im Gegensatz hierzu erklärte der erste Entwurf in seinem § 801 auf den Besitzerwerb durch Vertreter die Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch Vertreter für entsprechend anwendbar.

Die zweite Kommission strich diesen Paragraphen, weil er nur auf den Besitz im Sinne des ersten Entwurfes (=Eigentumsbesitz) berechnet gewesen sei; sie erkannte jedoch an, dass auch bei dem Erwerb des Besitzes im Sinne des zweiten Entwurfes (=thatsächlicher Gewalt) eine Vertretung insoweit in Frage kommen könne, als zu dem Erwerb ein Erwerbswille erforderlich sei. Es sei jedoch nicht nötig, besonders auszusprechen, dass auf diese Vertretung im Willen die Vorschriften über die Vertretung im Willen bei Rechtsgeschäften entsprechende Anwendung zu finden hätten, da diese Analogie auch ohne eine derartige Bestimmung nicht verkannt werden würde.[1]

Durch das im BGB. aufgestellte Prinzip, dass jeder Inhaber einer Sache grundsätzlich auch ihr Besitzer ist, wird die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter dem gemeinen Recht gegenüber völlig verändert.

Man hat folgende Fälle zu unterscheiden:

a) Ist der Vertreter Besitzdiener, so erwirbt der Besitzherr Alleinbesitz.

Voraussetzung für den Besitzerwerb ist, dass der Besitzdiener die thatsächliche Gewalt über die Sache erlangt; nicht erforderlich ist es dagegen, dass er nach

1) Protokolle Bd. 3 S. 33.

aussen hin die Absicht zu erkennen giebt[1], für einen Anderen Besitz zu erwerben, es entscheidet vielmehr lediglich der Umstand, ob der Besitzerwerb thatsächlich in den Kreis der Besitzdienerschaft fällt, d. h. ob der Vertreter die thatsächliche Gewalt über die Sache für den Vertretenen in dessen Haushalt, Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis der in § 855 BGB. gedachten Art ausübt.

Selbstverständlich muss der Besitzdiener als solcher thätig werden. So erwirbt z. B. ein Prokurist, der einen an den Prinzipal gerichteten Brief in Empfang nimmt, diesem den Besitz, ist dagegen der Brief an ihn selbst gerichtet, so erwirbt er auch den Besitz für sich selbst.

Eines besonderen Willens des Geschäftsherrn, durch den Besitzdiener Besitz zu erwerben, bedarf es nicht, denn das Abhängigkeitsverhältnis bringt es mit sich dass der Besitzdiener eo ipso als zu allen Handlungen ermächtigt gelten muss, die in den ihm zugewiesenen Thätigkeitskreis fallen.[2] Es erwirbt daher der Geschäftsherr Besitz an Sachen, von deren Erwerb er im Einzelnen nichts weiss.

b) Eine Vertretung im Besitzerwerb, dergestalt dass der Vertretene alleiniger Besitzer wird, ist ferner möglich nach § 854 Abs. 2 BGB.:

> „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben".

1) Dernburg, Sachenrecht S. 63. A. M. Meisner S. 10.
2) Dernburg, Sachenrecht S. 63

Gedacht ist hierbei naturgemäss zunächst an den Fall, dass die Einigung mit dem Erwerber selbst erfolgt; denkbar ist aber auch, dass die Einigung zu Gunsten eines Dritten erfolgt. Eine solche Einigung ist rechtsgültig, weil das BGB. Verträge zu Gunsten Dritter in weitestem Umfange anerkennt.[1]

c) Abgesehen von diesen Fällen jedoch giebt es einen Besitzerwerb durch Stellvertreter im Sinne des gemeinen Rechts, nämlich so, dass nur der Geschäftsherr besitzer wird, überhaupt nicht mehr; es ist, wie Leonhard[2] sagt, nach dem Recht des BGB. „nicht möglich, eine Sache derart innezuhaben, dass ein Anderer als Besitzer gilt".

Möglich ist dagegen ein Besitzerwerb durch Stellvertreter in der Weise, dass der Vertretene mittelbarer, der Vertreter dagegen unmittelbarer Besitzer wird.

Voraussetzung für einen solchen Erwerb ist, abgesehen davon, dass der Vertreter die thatsächliche Gewalt über die Sache erlangen muss, ein zwischen diesem und dem Geschäftsherrn bestehendes inneres Rechtsverhältnis der in § 868 BGB. bezeichneten Art.

Der mittelbare Besitz wird in diesen Fällen für den Geschäftsherrn regelmässig schon mit dem Moment erworben, wo der Vertreter die thatsächliche Gewalt über die Sache erlangt hat.

Wie im Falle des Besitzerwerbs durch Besitzdiener bedarf es auch hier keines besonderen Willens des Geschäftsherrn, durch den Vertreter Besitz zu erwerben,

---

1) Strohal S. 86, 87, Leonhard S. 58.
2) S. 59.

vorausgesetzt, dass dieser sich innerhalb des Kreises der ihm zugewiesenen Thätigkeit hält[1].

Wie nach gemeinem Recht braucht ferner auch nach BGB. die Mittelsperson dem Dritten gegenüber nicht als Vertreter des Anderen hervorzutreten, es ist für den Besitzerwerb gleichgültig, ob der Tradent weiss, dass ein Anderer mittelbarer Besitzer werden soll.[2]

Sehr bestritten ist die Frage, ob ein gesetzlicher Vertreter durch seine Handlungen dem Vertretenen Alleinbesitz oder nur mittelbaren Besitz erwirbt.

Die Behauptung von Förtsch,[3] neben dem § 855 BGB. stehe ungeschrieben folgender Satz:

> „Wenn gesetzliche Vertreter für die von ihnen vertretenen Personen die thatsächliche Gewalt ausüben, so ist nur die vertretene Person Besitzer",

ist jedenfalls als gänzlich willkürlich zurückzuweisen.

Richtiger Ansicht nach hat man zwei Hauptgruppen zu unterscheiden:

a) Gesetzliche Vertreter natürlicher Personen, wie z. B. Vormund, Pfleger, zum Besitzdiener zu degradieren, wie Bunsen[4] es thut, dürfte jedenfalls zu weit gehen. Der Vormund steht in keinem „Abhängigkeitsverhältnis" zu seinem Mündel, er hat nicht dessen „sich auf die Sache beziehenden Weisungen" Folge zu leisten[5].

1) Dernburg, Sachenrecht S. 64.
2) Endemann Bd. 2 S. 163.
3) S. 549.
4) § 12. s. auch Cosack S. 66, Strohal S. 16.
5) Mit Recht sagt Leonhard S. 62:
„Das Verhältnis des Kindes zu ihm ist nicht das der „Herrschaft, sondern gerade das umgekehrte"

Die Frage wird vielmehr verschieden zu beurteilen sein, je nachdem der Vormund Sachen des Mündels in Verwahrung (Verwaltung) hat oder nicht. Im ersteren Falle ist der Vormund gemäss § 868 BGB. unmittelbarer, das Mündel mittelbarer Besitzer.[1] Zu den dem Mündel zum persönlichen Gebrauch überwiesenen Gegenständen dagegen steht der Vormund überhaupt in keiner thatsächlichen Beziehung, sondern in einer ausschliesslich rechtlichen; das Mündel ist in diesem Falle also Alleinbesitzer.[2] Befindet sich die Sache in der thatsächlichen Gewalt von Besitzdienern, so ist daher das Mündel ihr Besitzherr, nicht der Vormund; die „Weisungen", denen die Besitzdiener zu folgen haben, kann jedoch — mit rechtlicher Wirksamkeit — allein der Vormund erteilen, er ist gesetzlicher Vertreter im Willen des Mündels.[3]

b) Anders beim gesetzlichen Vertreter einer juristischen Person, z. B. dem Vorstand eines rechtsfähigen Vereins.

Hier steht der gesetzliche Vertreter — nach der herrschenden Ansicht wenigstens — in der Regel dem Besitzdiener gleich, weil er den Weisungen anderer Organe der juristischeu Person Folge zu leisten hat[4]

1) Wendt (S. 61), Dernburg (Sachenrecht S 50), Biermann S. 19) sprechen dem Vormund ohne Ausnahme unmittelbaren Besitz im Sinne des § 868 BGB. zu.

2) So: Endemann S. 123, Leonhard S. 62, Thoma S. 60, Kniep S. 146, 147, s. auch Matthiass S. 7.

3) Thoma S. 60.

4) So: Dernburg, Sachenrecht S. 50, Matthiass S. 7, Cosack S. 66, Strohal S. 16, Buhl S. 22.

Unter besonderen Umständen, z. B. wenn der Vorstand dem Verein gehörige bewegliche Sachen in seiner Privatwohnung unter Verschluss hält, wird natürlich auch hier für den gesetzlichen Vertreter unmittelbarer, für den Vertretenen mittelbarer Besitz anzunehmen sein.[1]

IV. Besitzübertragung durch Erklärung.

1. Das constitutum possessorium.

Nachdem der Besitzerwerb durch Stellvertreter einmal anerkannt war, ging Celsus noch einen Schritt weiter und erklärte, dass es zum Besitzerwerb genügen sollte, wenn der bisherige Besitzer im Einverständnis mit einem Anderen erklärte, die Sache nunmehr für diesen besitzen zu wollen.

s. Celsus libro 23 Digestorum l. 18 pr. D. 41,2: „Quod meo nomine possideo possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio, nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator

A. M.: Endemann Bd. 2 S. 122, 123, Meisner S. 8, Planck S. 34, 35, Gaertner S. 142, 143.

Im Ergebnis übereinstimmend mit der im Texte vertretenen Ansicht: Windscheid-Kipp S 692, 693, der sich auf § 983 BGB. beruft, und, offenbar unzutreffend, behauptet, dass unter dem dort erwähnten „Besitz einer Behörde" unmittelbarer Besitz zu verstehen sei. Es ist nicht einzusehen, weshalb damit nicht auch mittelbarer Besitz gemeint sein sollte.

1) Strohal S. 16

alienae possessioni praestat ministerium."

Da es sich hierbei um einen blossen Beschluss — constituere — handelt, so pflegt man diesen Vorgang als „constitutum possessorium" zu bezeichnen; im Mittelalter verlangte man die Formel: constituo me possidere nomine alieno.[1]

Infolge der Erklärung wurde der bisherige juristische Besitzer blosser Detentor, der Andere dagegen juristischer Besitzer.

Es handelte sich beim constitutum possessorium meistens um ein Doppelgeschäft, zunächst ein Besitzübertragungsgeschäft, gewöhnlich in Verbindung mit einem Übereignungsgeschäft, sodann ein zweites Geschäft, durch das die weitere Detention des Tradenten sich rechtfertigte. Es genügte jedoch zur Gültigkeit des constitutum possessorium der beiderseitig vorhandene Wille.

Nicht erforderlich war es, dass der Constituent unmittelbarer körperlicher Besitzer war, es genügte vielmehr, dass er die Sache durch einen Anderen detinieren liess. Hier wurde der Gegenkontrahent Besitzer (und Eigentümer) ohne Rücksicht darauf, ob der Detentor von dem Besitzwechsel Kenntnis hatte oder nicht.

s. ERG. Bd. 11 S. 57:

> „Für das gemeine Recht ist derjenigen Ansicht beizutreten, welche annimmt, dass es beim constitutum possessorium nicht darauf ankommt, ob der bisherige Besitzer die Detention an der Sache selbst ausübt oder durch andere

1) Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 181.

(Mieter, Verwahrer etc.) ausüben lässt. Zutreffend führt Randa (Besitz 3. Aufl. S. 461) aus, das durch den Detentor der Sache vermittelte Machtverhältnis zur Sache werde dadurch nicht berührt, dass der Besitzer einverständlich mit einem neuen Erwerber (Käufer etc.) sich entschliesst, die Sache in Zukunft für diesen zu besitzen."

Das BGB. behandelt das constitutum possessorium, wie auch die brevi manu traditio (s. unten S. 67), nicht in der Lehre vom Besitz, sondern nur als Mittel der Übertragung des Eigentums und der dinglichen Rechte (s. §§ 929, 930), beide sind jedoch auch nach BGB. für den Besitzerwerb von Bedeutung, nur ergeben sich hier, infolge des durch das BGB. veränderten Besitzbegriffes, dem gemeinen Recht gegenüber einige Verschiedenheiten.

Was das constitutum possessorium anbetrifft, so hat der Abschluss eines solchen nach BGB. nicht mehr, wie im gemeinen Recht, die Wirkung, dass nunmehr der Veräusserer blosser Detentor und der Erwerber gleichzeitig Besitzer wird; vielmehr bleibt nach BGB. der Veräusserer, der die Sache einem Anderen übereignet, sie aber als Mieter, Verwahrer etc. zurückbehält, (unmittelbarer) Besitzer — wenn auch nicht mehr Eigenbesitzer, während der Erwerber mittelbarer Besitzer wird.[1]

Anders ist es nur dann, wenn der Veräusserer die früher von ihm besessene Sache nach ihrer Übereignung an den Erwerber als dessen Besitz d i e n e r

1) Dernburg, Sachenrecht S. 61.

zurückbehält. Hier verliert der Veräusserer jeglichen Besitz und der Erwerber wird alleiniger Besitzer.

2. Die brevi manu traditio.

Sie ist das Gegenstück zum constitutum possessorium. Hatte nämlich der Besitzerwerber die Sache bereits thatsächlich in seiner Gewalt, so bedurfte es keiner besonderen Übergabe mehr, es genügte vielmehr eine Erklärung des bisherigen Besitzers, dass der Andere Besitzer sein solle. Durch diese Erklärung, brevi manu traditio genannt, wurde der bisherige Detentor juristischer Besitzer, während der Besitz des bisherigen juristischen Besitzers aufhörte.

Nach BGB. ist zu unterscheiden, ob der Erwerber unmittelbarer Besitzer war oder blosser Besitzdiener.

War der Erwerber unmittelbarer Besitzer, so hat die brevi manu traditio die Wirkung, dass der Veräusserer seinen mittelbaren Besitz verliert und der Erwerber alleiniger Besitzer wird. War dagegen der Erwerber blosser Besitzdiener, so findet ein wirklicher Besitzwechsel statt.

3. Als fernere Art der Besitzübertragung durch Erklärung kannte das bisherige Recht die Besitzübertragung durch Anweisung: derjenige, welcher die Sache bisher im Namen des Anweisenden besass, wurde angewiesen, die Sache nunmehr im Namen des Anweisungsempfängers zu besitzen. Bestritten war hierbei, mit welchem Momente sich die Übergabe vollendete, ob schon mit der Annahme der Anweisung

seitens des Erwerbers oder erst mit der Mitteilung an den Angewiesenen. Erstere Ansicht konnte wohl als herrschende bezeichnet werden.[1]

Im BGB. ist an die Stelle der gemeinrechtlichen Besitzübertragung durch Anweisung als weiteres Mittel zur Übertragung des Besitzes durch Willenserklärung getreten: die „Abtretung des Anspruches auf Herausgabe."[2]

s. § 870:

„Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen Anderen übertragen werden, dass diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird."

Im Gegensatz zum ersten Entwurf (§ 801) kommt es hierbei auf die Kenntnis des unmittelbaren Besitzers von der erfolgten Abtretung nicht an. Die Thatsache der Abtretung ist zur Übertragung des Besitzes erforderlich, aber auch genügend. Auf die Abtretung finden die allgemeinen Grundsätze Anwendung (§§ 398, 413 BGB.).

V. Der Besitzerwerb des Erben.

Nach der fast unbestrittenen herrschenden Lehre des gemeinen Rechts[3] war der Besitz unvererblich; für den Erben bedurfte es einer neuen Inbesitznahme.[4]

1) Dernburg, Sachenrecht S. 59.

2) Die gemeinrechtliche Besitzübertragung durch „Anweisung" ist nach BGB. nur noch möglich in dem Falle, wo die thatsächliche Gewalt über die Sache durch einen Besitzdiener ausgeübt wird.

3) Windscheid § 605,[3] Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 182.[3]

4) Von dem Erfordernis der Besitzergreifung durch den Erben wurde nur abgesehen bei den „sui heredes", die sich

s. l. 23 pr. D. 41,2:

„Cum heredes instituti sumus adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet."

s. ferner l. 30 § 5 eodem:

„Heres meus nisi ipse nactus possessionem non potest possidere,"

sowie l. 1 § 15 D. 47,4:

Nec heredis est possessio."[1]

Von dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers bis zu dem Momente der Besitzergreifung seitens des Erben trat also ein Stadium der Besitzlosigkeit der Erbschaft ein.

Dies wurde allerdings schon im römischen Recht als unbillig empfunden und man gab deshalb dem Erben an Stelle der ihm versagten Besitzklagen anderweitige, seiner Erbenqualität entnommene Schutzmittel gegen unberechtigte Eingriffe Dritter.

Diesem Zwecke diente vor allem die hereditatis petitio, mit welcher der Erbe auf Grund seines Erbrechtes von jedem sich das Erbrecht anmassenden

---

im Hause des verstorbenen pater familias befanden, s. Ihering, Besitzwille S. 68, 140 ff., Kniep S. 172 ff., Wartensleben S. 17, 18.

1) Die Ersitzung lief indessen gleichwohl nach dem Tode des Ersitzenden zu Gunsten des Erben weiter, es sei denn, dass Dritte sich in den Besitz der Sache setzten.

s. l. 30 pr. D. 4,6:

„quia possessio, quasi juncta, descendit ad heredem."

Es war dies jedoch, wie Wartensleben (S. 18, 19) mit Recht hervorhebt, weniger eine Singularität in der Besitzlehre, als vielmehr eine Ausnahme bei der Ersitzung.

Besitzer Herausgabe des Nachlasses verlangen konnte. Ferner hatte der Erbe Legataren gegenüber, welche sich eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache gesetzt hatten, das interdictum quod legatorum, und er konnte endlich, wenn er ein äusserlich fehlerfreies Testament vorwies, die Einweisung in den Nachlass durch sog. missio ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo nebst possessorischer Klage gegen etwaige Erbschaftsbesitzer pro herede oder pro possessore erlangen.[1]

Im Gegensatz zum gemeinen Recht erkennt das BGB. die Vererblichkeit des Besitzes an.

§ 857 bestimmt:

„Der Besitz geht auf den Erben über."

Zum Verständnis dieses Paragraphen ist es notwendig, auf seine Entstehungsgeschichte zurückzugehen.

Der erste Entwurf (§ 2052) bestimmte noch das Gegenteil:

> „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen gehen nicht kraft Gesetzes auf den Erben über."

Er erkannte jedoch die Rechte und Verbindlichkeiten aus verbotener Eigenmacht als vererblich an (§ 2053) und gewährte sodann dem Erben des Besitzers vor der thatsächlichen Besitzergreifung einen gewissen Besitzschutz (§ 2054).

Bei der Beratung dieser Paragraphen in der zweiten Kommission wurde deren Streichung beantragt

1) Dernburg, Pandekten Bd 3 S. 321, Wartensleben S. 17

und die Anerkennung der Vererblichkeit des Besitzes schlechthin gefordert.

Dieser Antrag wurde von der Kommission mit grosser Mehrheit angenommen, „teils mit Rücksicht auf das geltende Recht, das sich mehr und mehr gegen die Unvererblichkeit des Besitzes gewandt habe, teils auf Grund der gesetzestechnischen Erwägung, dass sich die Ausnahmen von dem Grundsatze der Vererblichkeit des Besitzes leichter aufstellen liessen, als die Ausnahmen von der entgegengesetzten Regel des ersten Entwurfes.“ [1]

Man ersieht aus dieser Entstehungsgeschichte, dass es hauptsächlich Zweckmässigkeitsgründe waren, nicht eine besondere Auffassung des Besitzbegriffes, die zur Anerkennung der Vererblichkeit des Besitzes geführt haben.

Schon oben (S. 13) ist darauf hingewiesen worden, dass der § 857 unter „Besitz“ nicht, wie das BGB. es sonst thut, die thatsächliche Gewalt über eine Sache versteht.

Dies ergiebt sich am deutlichsten aus der von Lobe[2] gezogenen Schlussfolgerung, wonach gemäss § 857 i. Verb. m. § 1923 Abs. 2 BGB. sogar der nasciturus Besitzer werden kann; dass aber der nasciturus keine thatsächliche Gewalt auszuüben im stande ist, bedarf wohl keiner besonderen Betonung.

Soweit braucht man jedoch garnicht einmal zu gehen, man denke sich z. B. den Fall, dass der Erblasser in Hamburg stirbt, der Erbe aber in Amerika

1) Planck S. 39.
2) S. 30.

sich befindet. Auch hier kann selbstverständlich von einer thatsächlichen Gewalt keine Rede sein.

Die thatsächliche Gewalt des Erblassers wird vielmehr durch dessen Tod beendigt und der Erbe muss sie neu erlangen. Gerade diese Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Erlangung der thatsächlichen Gewalt durch den Erben ist es nun, für welche der § 857 in Betracht kommt: dem Erben soll schon in der Zeit, wo er die thatsächliche Gewalt über den Nachlass noch nicht erlangt hat, Besitzesschutz gegen Eingriffe Dritter gewährt werden.

Man wird also die Vorschrift des § 857 BGB. mit Planck[1] dahin verstehen müssen, „dass die für den Besitz und den Besitzer einer Sache geltenden Vorschriften auf den mit dem Tode des Besitzers eintretenden thatsächlichen Zustand und den Erben des Besitzers entsprechende Anwendung finden.“[2]

Hat der Erbe zur Zeit des Erbfalles die thatsächliche Gewalt über die Nachlassgegenstände oder erlangt er die thatsächliche Gewalt späterhin, so wird er natürlich gemäss § 854 Abs. 1 BGB. wahrer Besitzer.

Die Vorschrift des § 857 BGB. gilt sowohl für den unmittelbaren, als auch für den mittelbaren Besitz;[3] es ergeben sich aber einige Ausnahmen:[4]

1) S. 40.

2) Ähnlich Gaertner S. 156. Abweichend, aber nicht überzeugend, namentlich Bekker, Aphorismen S. 17 ff, s. auch Thoma S. 41

3) Nicht aber für die Besitzdienerschaft des § 855 BGB., s. Strohal S. 99, 100, Gaertner S. 156, Kniep S 181, Cosack S. 75, 76.

4) Strohal S. 97 ff, Matthiass S. 12, Wartensleben S. 40 ff.

a) Der Mitbesitz eines verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen geht, wenn die Gesellschaft nach § 736 BGB. unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt wird, nicht auf die Erben des verstorbenen Gesellschafters über, es wächst vielmehr in diesem Falle sein Anteil am Gesellschaftsvermögen und damit auch sein Mitbesitz an den einzelnen zu diesem Vermögen gehörenden Sachen gemäss § 738 BGB den übrigen Gesellschaftern zu.

b) Sequestrations- oder Verwaltungsbesitz, wie ihn z. B. der Konkursverwalter an den zur Masse gehörenden Gegenständen, der Testamentsvollstrecker an den Nachlasssachen hat, geht auf den Erben dann nicht über, wenn dieser Besitz der Verwaltung als solcher zusteht, weil nämlich hier der Erblasser den Besitz nicht in seiner Eigenschaft als Privatperson, sondern in amtlicher Funktion erlangt und ausgeübt hat.

Auch Untergang des Besitzes im Momente des Todes ist möglich. Wenn z. B. der Erblasser bei einer Seereise über Bord gefallen und im Meer versunken ist, oder wenn er, unauffindbar, in eine Gletscherspalte gestürzt ist, so ist der Erbe des Verunglückten sicherlich nicht als Besitzer derjenigen Sachen anzusehen, die der Erblasser zur Zeit seines Todes bei sich trug, vielmehr muss bezüglich dieser Gegenstände jeglicher Besitz als erloschen gelten[1].

Schwierigkeiten macht der Fall der Nacherbfolge.

---

1) Strohal S. 100, Matthiass S 12 Anm. 4. A. M: Cosack S 75.

§ 2139 BGB. bestimmt:

„Mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an".

Es fragt sich, ob mit dem Eintritt der Nacherbfolge auch der vom Vorerben an den Nachlasssachen erlangte Besitz auf den Nacherben übergeht.

Richtiger Ansicht nach wird man zu unterscheiden haben, ob der Vorerbe den Besitz an den Nachlassgegenständen lediglich nach § 857 BGB. oder ob er ihn gemäss § 854 Abs. 1 BGB. selbständig erworben hat.

Im letzteren Falle besteht, im Gegensatz zur einfachen Erbfolge, wo der bisherige Besitzer tot und nicht mehr in der Lage ist, den Erben an der Ausübung der thatsächlichen Gewalt zu hindern, für den Vorerben die Möglichkeit, der Ausübung der thatsächlichen Gewalt durch den Nacherben hindernd entgegenzutreten. Einer derartig gefestigten Besitzstellung gegenüber kann der blosse Eintritt der Nacherbfolge nicht die Wirkung haben, dass der Besitz vom Vorerben auf den Nacherben übergeht, der Besitz verbleibt vielmehr dem Vorerben oder er geht, wenn der Nacherbfall mit dem Tode des Vorerben eintritt (§ 2106 BGB) auf den Erben des Letzteren über[1].

Anders, wenn der Vorerbe lediglich nach § 857 BGB. Besitzer geworden ist. Hier hat der Vorerbe die „thatsächliche Gewalt" überhaupt nicht erlangt (s. oben S. 71 ff.) und in seiner ihm durch § 857 BGB. gewährleisteten, „einen integrierenden Bestandteil der Erbschaft bildenden"[2] besitzähnlichen Stellung wird er mit dem

1) Strohal S. 104, 105. Thoma S. 46.
2) Strohal S, 105.

Eintritt des Falles der Nacherbfolge durch den Nacherben abgelöst (§ 2139 BGB)[1].

Indem das BGB. die Vererblichkeit des Besitzes anerkennt, geht es auf einen deutschrechtlichen Grundsatz[2] zurück, der lange Zeit hindurch unter dem Einflusse des römischen Rechts zurückgedrängt war; es hat damit eine alte Rechtsregel zu neuem Leben erweckt, die nicht nur für das bürgerliche Recht, sondern auch für das Strafrecht von grösster praktischer Bedeutung ist und die nach bisherigem Recht bestehende Schutzlosigkeit des Erben gegen unbefugte Besitzeingriffe Dritter in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Besitzergreifung der zu dem Nachlasse gehörenden Sachen durch den Erben in glücklichster Weise beseitigt.

Mit Recht sagt daher die Denkschrift[3]:

> „Nur durch die Anerkennung des deutschrechtlichen Grundsatzes wird eine einfache, den Bedürfnissen des Lebens und der Rechtssicherheit entsprechende Gestaltung des Besitzverhältnisses und des Besitzschutzes nach dem Tode des Besitzers erreicht".

1) Hier noch, wie Biermann (S. 8) es ganz allgemein thut, zu verlangen, dass der Nacherbe „in der Lage" sein müsse, die Gewalt über die Sache auszuüben, ist durch nichts gerechtfertigt

2) „Der Tote erbt den Lebendigen", d. h. der Erblasser vererbt die Gewere auf den Erben Was hier unter Gewere zu verstehen ist, ob der Besitz oder nur das Recht zu besitzen, ist bestritten, s. Kniep S. 170 ff, Gaertner S. 155 ff., Wartensleben S. 21 ff. und die dort Citierten.

3) S. 110.